

ISSN 1974-9562

ANNO - XXIV



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

All'interno i contributi dei seguenti Autori:

EDITORIALE: Paolo Maddalena – **SAGGI:** Leandra Abbruzzo – Francesco Bocchini – Paolo Giangaspero – Giulia Chironi – Alessandra Cutolo – Donatella Del Vescovo – Andrea De Lia – Carlo Pisani – Paolo Brambilla – Gaia Gandolfi – Nicoletta Laurenti Collino – Franco Sicuro – Alessandra Coiante – Angiola Giovanna Modano – Laura Pergolizzi – Maria Laura Picuino – Ambra Mostarda – Stefano Bellomo – Alessia Riommi – Stefano Rossi – Emilio Balletti – Antonio Leonardo Fraioli – Paolo Pascucci – Gabriella Leone – Simone Francesco Cociani – Carmen Di Carluccio – Dario Martire – Antonello Zoppoli – Gaetano Zilio Grandi – Stefano Cairolì – **FOCUS:** Rosaria Costanzo – Giovanni Savarese – Gian Paolo Dolso.

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE®

Anno **2024** - Fasc. **n. 1**

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



ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE:

Fulvio Conti Guglia

Isritto 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* – **Massimiliano Atelli** *Magistrato della Corte dei Conti, Pres. Commissione VIA-VAS, nonché abilitato professore associato nel sett. IUS/10* – **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) Università degli Studi di Catania* – **Maria Cristina Cataudella** *Professoressa Ordinaria 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 Universidad de Castilla-la Mancha – **Stefano Nespore** Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano – **Dante Flávio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administração, Universidade Estadual de Paraíba – **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 Martínez** (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 Giroto** (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*) – **Vito Plantamura** (*Università degli Studi di Bari*) – **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 Toscana*) – **Giandomenico Salcuni** (*Università degli Studi di Foggia*) – **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** (*Università 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: **Cairolì 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
L'AUTONOMIA REGIONALE DIFFERENZIATA SOLIDARIETÀ E TERRITORI	16
Paolo Maddalena	16
SAGGI.....	26
BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DELLA LEGGE COST. 1/2022.....	27
Leandra Abbruzzo*	27
CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA POTESTÀ LEGISLATIVA REGIONALE IN MATERIA DI ENERGIA NELLA COSTITUZIONE.....	52
<i>Contribution to the study of regional legislative power on energy in the Constitution.....</i>	52
Francesco Bocchini*	52
I DECRETI LEGISLATIVI DI ATTUAZIONE DEGLI STATUTI SPECIALI E LA LORO UTILIZZAZIONE IN FRIULI VENEZIA GIULIA, TRA VECCHIE ACQUISIZIONI E PROBLEMI NUOVI.....	87
Paolo Giangaspero	87
LA DISTRIBUZIONE DELLE RESPONSABILITÀ IN CASO DI DANNO AMBIENTALE E I RISVOLTI FISCALI	102
(Nota a Sentenza Cass. S.U. 01/02/2023 n. 3077).....	102
Giulia Chironi	102
LA NUOVA AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO TRA "DEBUROCRATIZZAZIONE", DERESPONSABILIZZAZIONE E FIDUCIA	138
Alessandra Cutolo *	138
LA PROCEDURA D'INFRAZIONE EUROPEA CONTRO L'ITALIA PER LE CONCESSIONI DEMANIALI: INERZIA DEL LEGISLATORE E GIURISPRUDENZA ONDIVAGA.	159
Donatella del Vescovo	159
LA RESPONSABILITÀ PENALE NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ MEDICO- CHIRURGICA DI CARATTERE DIAGNOSTICO E TERAPEUTICO NEL SISTEMA SPAGNOLO.....	185

<i>Notes on criminal liability in the exercise of medical-surgical activities of a diagnostic and therapeutic nature in the Spanish system</i>	185
Andrea De Lia *	185
LE COLLABORAZIONI COORDINATE, LE COLLABORAZIONI ETERO-ORGANIZZATE E GLI INDICI PRESUNTIVI DELLA SUBORDINAZIONE: UN DIFFICILE RACCORDO * ...	237
Carlo Pisani	237
LE COMUNITA' ENERGETICHE E LA SAGACIA DI PIRANDELLO	246
Paolo Brambilla*	246
OSSERVATORIO DI DIRITTO PENALE SOSTANZIALE n. 1/2024	274
Andrea De Lia - Gaia Gandolfi	274
PARTICIPATORY DEMOCRACY, NEW TECHNOLOGIES AND WEBPOLITICS: POLITICAL PARTIES AND CULTURE AS TOOLS TO CIRCUMVENT DEMOCRATIC DECAY	292
Nicoletta Laurenti Collino *	292
THE INTER-CONSTITUTIONAL RIGHT-DUTY TO A STABLE CLIMATE. SCIENTIFIC EVIDENCE AND CONSTITUTIONAL PROBLEMS AT STAKE*	319
Franco Sicuro*	319
THINK GLOBAL, ACT LOCAL. LE COMUNITÀ ENERGETICHE RINNOVABILI E IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ (ANCHE) SOCIALE COME PERNO DELLA TRANSIZIONE ENERGETICA	344
Alessandra Coiante*	344
INCONTRO RAVVICINATO TRA BLOCKCHAIN E PATRIMONIO CULTURALE: MERA CHIMERA NELLA PROSPETTIVA DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE?	373
Angiola Giovanna Modano *	373
SERVIZI PUBBLICI E CRITERI AMBIENTALI MINIMI.....	409
Laura Pergolizzi *	409
SEZIONE SPECIALIZZATA – DIRITTO DEL LAVORO	437
ALI (AMBIENTE, LAVORO, IMPRESA)	437
APPALTI IN AMBIENTI SOSPETTI DI INQUINAMENTO O CONFINATI E SICUREZZA SUL LAVORO	438
Maria Laura Picunio *	438
DOMESTIC WORKERS' OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH IN ITALY: FROM LEGAL GAPS TO PLATFORM-MEDIATED WORK.....	466
Ambra Mostarda *	466

GIUSTA RETRIBUZIONE E CONTRATTO COLLETTIVO TRA COSTITUZIONE E DIRITTO EUROPEO.....	485
Stefano Bellomo	485
IL CONTROLLO SUI DIPENDENTI AL DI FUORI DELL'AMBIENTE DI LAVORO: LIMITI DI LEGITTIMITÀ DELLE INDAGINI INVESTIGATIVE.....	499
Alessia Riommi *	499
IMPRESA, LAVORO, AMBIENTE: LE RELAZIONI SINDACALI SULLA QUESTIONE AMBIENTALE.	518
Stefano Rossi	518
L'APPROCCIO DI GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI AL DIRITTO EUROPEO*.....	552
Emilio Balletti	552
LA CERTIFICAZIONE DOPO VENT'ANNI, TRA PROBLEMI IRRISOLTI E POTENZIALITÀ INESPRESSE.....	565
Antonio Leonardo Fraioli	565
LEGAL ASPECTS OF HEALTH AND SAFETY AT WORK IN ITALY: RECENT TRENDS AND PERSPECTIVES.....	593
Paolo Pascucci	593
PREPOSTI, ESERCIZIO DEL POTERE DISCIPLINARE ED EFFETTIVITÀ DELLA PREVENZIONE.....	601
Gabriella Leone *	601
PROFILI TRIBUTARI DELLA RIQUALIFICAZIONE DELL'APPALTO DI SERVIZI.....	623
Simone Francesco Cociani	623
QUANDO A STRESSARSI È L'AVATAR. TECNOLOGIE IMMERSIVE E NUOVE SFIDE PER LA TUTELA DELLA SALUTE E DELLA SICUREZZA SUL LAVORO.....	656
Carmen Di Carluccio *	656
RETRIBUZIONE E DOVER ESSERE COSTITUZIONALE ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE	680
Dario Martire *	680
RIFLESSIONI (IN "DIALOGO") SUL CONTRATTO COLLETTIVO "DI PROSSIMITÀ", MUOVENDO DALLA SENTENZA DELLA CONSULTA N. 52 DEL 2023 *	696
Antonello Zoppoli	696
SINDACATO, CONTRATTO E CONFLITTO.....	709
Gaetano Zilio Grandi	709
SULLE MISURE DI TUTELA DEI LAVORATORI	713

PER EMERGENZA CLIMATICA*	713
Stefano Cairoli	713
<i>FOCUS</i>	736
I CANONI DI ROTTA E DI TERMINALE.....	737
<i>Commento a Sentenza del Tribunale di Torino n. 4383/2023</i>	737
Rosaria Costanzo	737
CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME: QUALE NORMATIVA APPLICABILE?	749
Rosaria Costanzo	749
PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA. LA RIQUALIFICAZIONE DEI “SITI ORFANI”	758
Giovanni Savarese*	758
QUALCOSA SI MUOVE NEL TORMENTATO MONDO DELLA GIUSTIZIA	797
Gian Paolo Dolso	797
Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT.....	803

EDITORIALE



EDITORIALE

**L'AUTONOMIA REGIONALE DIFFERENZIATA
SOLIDARIETÀ E TERRITORI¹****Paolo Maddalena***Vice Presidente Emerito della Corte costituzionale*

SOMMARIO: 1. L'autonomia regionale differenziata e lo Stato comunità. - 2. Il problema dell'esatta interpretazione dell'articolo 116 della Costituzione. - 3. L'abisso giuridico costituzionale del disegno di legge sulle "autonomie differenziate" di Calderoli. - 4. Gli effetti giuridici e economici della eventuale trasformazione in legge del disegno Calderoli.

1. L'autonomia regionale differenziata e lo Stato comunità.

Il disegno di legge n. 615, presentato dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie (Calderoli), il 23 marzo 2023, contenente disposizioni per l'"attuazione delle autonomie differenziate" delle Regioni a statuto ordinario, ai sensi dell'articolo 116 della Costituzione, e la lettura che comunemente gli si attribuisce, danno per scontato che quanto si legge nel terzo comma del citato articolo 116 della Costituzione, e cioè la frase "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ... possono essere attribuite ad altre Regioni ...", non significherebbe altro che "abrogazione" della potestà legislativa dello Stato di "determinare" i "principi fondamentali" nelle cosiddette materie di legislazione concorrente Stato-Regioni (prevista dal terzo comma dell'articolo 117 della vigente Costituzione), nonché "attribuzione" alle Regioni delle competenze statali indicate dal secondo comma dell'articolo 117 della Costituzione, "alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia, n) e s)", (e cioè in materia di "principi fondamentali sull'istruzione", e in materia "di tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione, dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi").

Insomma, lo Stato perderebbe la sua competenza a legiferare su un bel gruppo di materie, ricevendo un gravissimo colpo alla sua "sovranità" (si ricordi che "sovrana" è la legge conforme a Costituzione), la quale verrebbe distribuita tra le Regioni ad autonomia

¹ Relazione alla Fondazione Banco di Napoli, 28/2/2024, ore 15,30.



differenziata, con buona pace del “principio fondamentale”, sancito dall’articolo 5 della Costituzione, che afferma “l’Unità e la Indivisibilità” della Repubblica².

Non sfugge che la “verifica dell’esattezza” di questa comune lettura del terzo comma dell’articolo 116 della Costituzione è “propedeutica” a qualsiasi altro approfondimento sull’interpretazione e sulla valutazione da dare all’intero “disegno di legge” Calderoli, poiché, come è ovvio, la sua accettazione sarebbe sconvolgente per l’unità giuridica e economica dell’Italia.

Insomma logica impone che, prima di procedere oltre, si chiarisca una volta per tutte, cosa realmente vogliamo significare le accennate parole usate dal citato articolo 116 della Costituzione.

A mio avviso, dobbiamo innanzitutto chiederci in quale settore dello scibile giuridico ci stiamo muovendo e se, una volta stabilito di che cosa stiamo parlando, sia da ritenere esatta la suddetta interpretazione.

In proposito sembra indubbio che, parlandosi di “competenze”, si verta nell’ampio tema dell’ “Ordinamento della Repubblica”, che il disegno di legge Calderoli vorrebbe cambiare.

Insomma, per dirla con maggiore precisione, stiamo parlando di un disegno di legge che vuole incidere sul “tipo di Stato” accolto nella Carta costituzionale. Un tipo di Stato correttamente espresso dalla dizione “Stato comunità”, la cui “essenza” è, per l’appunto, il concetto di “Comunità”, sul quale conviene fermare per un attimo la nostra attenzione.

Mi sembra infatti estremamente importante porre in evidenza che, nella “Comunità”, si distinguono tre elementi: il Popolo, il territorio e l’ordinamento giuridico. E, a ben vedere, è proprio “il concetto di Popolo”, che ci consente di affrontare in modo scientificamente corretto, il tema delle autonomie differenziate, lasciando da parte le teorie “normativistiche”, che considerano lo Stato una “entità giuridica”, “una persona giuridica”, e che certamente non sono di alcun aiuto ai fini della nostra ricerca.

Partendo, dunque, dall’idea di Popolo, si può affermare che ancora valida è la definizione che ne dà Cicerone (Cic., de rep., I, p. 343), secondo il quale “populus autem non omnis hominum coetus quoque modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis comunione sociatus” (il popolo non è qualsiasi riunione comunque aggregatasi, ma la riunione di una moltitudine di persone associatasi per consenso di diritto e per comunità di interessi).

La “concretezza” di questa definizione ci porta a capire perché al concetto di “Popolo” è strettamente collegato a quello di “territorio”, essendo evidente che un insieme di uomini, per vivere in comunione di vita, deve anche poter disporre di un proprio territorio (oggi diremmo, più precisamente, di proprie “fonti di produzione di ricchezza”), e perché una simile, stabile riunione di persone ha anche bisogno dell’osservanze di “regole” che rendano possibile la vita

2 G. AZZARITI: “L’autonomia di Calderoli? Non s’ha da fare! Serve un’autonomia differente, non differenziata”, di Rossella Guadagnini, in www.micromega.net.

civile. Regole che, nella visione di Cicerone, il quale visse in età ancora repubblicana, non possono che essere poste dal Popolo stesso³.

Ed è singolare constatare che questa concezione ciceroniana dello Stato come “Comunità politica” risulta praticamente ed essenzialmente trascritta nel primo articolo della nostra Costituzione, secondo il quale “l’Italia (Popolo e territorio) è una Repubblica (una riunione di uomini) fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al Popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”.

Come si nota, la Costituzione aggiunge soltanto l’espressione “fondata sul lavoro” (una volta svolto dagli schiavi), poiché, nel sistema economico di stampo keynesiano, accolto dalla Costituzione stessa, il sostentamento del Popolo dipende, non solo dalle “fonti materiali di produzione della ricchezza” (il territorio in senso tradizionale), ma anche dalle fonti di produzione di ricchezza immateriale, tra le quali primeggia il “lavoro” dell’uomo.

Ed è da sottolineare che tutto è inquadrato in una visione “democratica” della Repubblica”, nella quale appaiono “essenziali”: l’“unità” del Popolo (“l’unità e indivisibilità della Repubblica); “l’appartenenza” a tutti, almeno di una parte consistente del “territorio” (il “demanio” più il “lavoro”, intesi entrambi come, “fonti di produzione di ricchezza”); la ineliminabile “disponibilità” di “posti di lavoro”; la “partecipazione” di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Ed è da sottolineare che la nostra Costituzione, nel sancire l’“Ordinamento” dello Stato comunità, non solo si è mantenuta nei limiti tradizionali dell’“equilibrio dei poteri” (i famosi pesi e contrappesi), andando ben oltre la storica tripartizione del Montesquieu, ma ha anche posto in forte risalto il principio democratico dell’“autonomia” dei vari poteri da esercitare nell’indefettibile quadro (appena accennato) del “consenso giuridico” e della “comunione di interessi”, nei quali si concreta l’“unità politica, economica e sociale della Repubblica”. Il che è come dire che, in una visione puramente democratica di “partecipazione” dei cittadini (intesi come singoli e come parti del tutto: art. 2 Cost.) alla gestione della cosa pubblica, assume forte rilievo “la ripartizione delle competenze legislative e amministrative”, fondamentalmente tra Stato e Regioni, tenendo comunque presente che, per quanto concerne le sole “funzioni amministrative”, queste esigenze riguardano anche gli altri Enti territoriali che fanno parte dell’ordinamento della Repubblica (art. 114 Cost.).

Si può dire, insomma, che il concetto “unitario”, nella mutata organizzazione politica del nostro tempo, si esprime oggi in una sorta di “una unità nella pluralità”, come chiaramente si legge nel citato articolo 5 della Costituzione, nel quale si parla della citata “unità e indivisibilità” della Repubblica unitamente alle “autonomie locali” e al “più ampio decentramento amministrativo”.

E questo, beninteso, per utilizzare al massimo le diverse capacità di sviluppo dei vari territori, i cui risultati vanno poi automaticamente distribuiti tra tutti i cittadini, come, del resto era ben chiaro nella originaria versione dell’articolo 117 della Costituzione (poi erroneamente

³ Vedi: D. NOCILLA, voce “Popolo” (*dir. Cost.*), in ED, vol. XXXIV, p. 343.



abrogato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, sulla modifica del Titolo V della Costituzione), secondo il quale la potestà legislativa delle Regioni doveva esplicitarsi “nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato” e “sempre che le norme stesse non fossero in contrasto con l’interesse nazionale e con quello di altre Regioni”⁴.

2. Il problema dell’esatta interpretazione dell’articolo 116 della Costituzione.

Ed è nell’appena accennato contesto costituzionale che va ricercato, a mio sommo avviso, il vero significato della frase “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia possono essere attribuite ad altre Regioni” in determinate materie⁵, espressa dall’articolo 116 della Costituzione, la quale viene, per così dire, “riassuntivamente” indicata con l’espressione “autonomia differenziata”.

Non sfugge la particolarità di questa interpretazione, a causa delle incerte espressioni usate dalla legge costituzionale n. 3, del 2001, di modifica del Titolo V della Costituzione, espressioni che diventano estremamente difficili da capire.

Ci aiuta comunque, in questa operazione, l’evoluzione, ormai compiuta da alcuni decenni dei criteri e degli strumenti interpretativi. Ed in proposito è appena il caso di ricordare che deve ritenersi superato il criterio della interpretazione letterale di cui all’articolo 12 delle preleggi, mentre deve considerarsi “giudice supremo” della validità giuridica, il “modello costituzionale”, oramai universalmente individuato nei “principi etici e giuridici” della Costituzione, e, tra questi, il fondamentale “principio di eguaglianza”⁶.

E, a tal proposito, non si può fare a meno di ricordare che l’articolo 3 della Costituzione prevede, per un verso, una eguaglianza di fronte alla legge, “senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali (eguaglianza formale), e, per altro verso, l’impegno della Repubblica a “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana” (eguaglianza sostanziale).

Venendo al dato da “interpretare”, e cioè alla lettura dell’articolo 116, quello che immediatamente balza agli occhi è che tale articolo usa la stessa espressione “forme e condizioni particolari di autonomia”, sia a proposito delle cinque Regioni a statuto speciale (il primo comma del 116 afferma che queste ultime: “dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale”), sia a proposito delle Regioni a statuto ordinario, per le quali si sancisce che: “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie ... possono essere attribuite ad altre Regioni con legge dello Stato, approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei

4 Vedi: E. CATELANI, “Nuove richieste di autonomia differenziata”, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018-01-01.

5 P. MADDALENA, *Come si determina la materia di cui all’articolo 117 della Costituzione*, in *federalismi.it*, 11 novembre 2010.

6 P. MADDALENA, *I percorsi logici per l’interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 11/2011, p.6.



componenti". Insomma, come agevolmente si nota, nel primo caso, e cioè in quello che riguarda le Regioni a statuto speciale, il conferimento di "forme e condizioni particolari di autonomia", avviene con "legge costituzionale", mentre, nel secondo caso, quello che riguarda le Regioni a statuto ordinario, l'attribuzione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia", avviene con l' "approvazione di legge ordinaria, votata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti".

A mio avviso, ci troviamo di fronte a un flagrante contrasto con i citati principi interpretativi di eguaglianza formale e sostanziale, di cui al citato articolo 3 della Costituzione, ai quali ho poco prima fatto riferimento.

Insomma, non si capisce per quale ragione il medesimo conferimento di "forme e condizioni particolari di autonomia" dallo Stato alle Regioni, pur producendo lo stesso "effetto", e cioè la "creazione" o la "modifica" di un "ordine costituzionale" debba avvenire, in un caso con "legge costituzionale" e in un altro caso con "legge ordinaria", sia pur votata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti.

Una legge ordinaria, d'altro canto, che non conferisce il potere di "disporre" dell'autonomia sancita nell'ambito di uno statuto (peraltro approvato con legge costituzionale, come è avvenuto a proposito delle cinque Regioni a statuto speciale), ma addirittura "attribuisce" alla Regione che ne fa richiesta talune materie, già assegnate direttamente dalla Carta costituzionale allo Stato, modificando così un ordine istituzionale di livello costituzionale, già consolidato. Sembra proprio che ci troviamo di fronte a un testo costituzionale in contraddizione con sé stesso, e, quindi, passibile di essere valutato come giuridicamente "inesistente".

Qualora, non ostante le su esposte ragioni (e per motivi che mi sfuggono) si volesse ammettere la validità giuridica del terzo comma dell'articolo 116 della Costituzione, si dovrebbe parlare, a mio sommesso avviso, non di un definitivo "trasferimento" di "poteri o funzioni" dallo Stato alle Regioni a statuto ordinario che ne facciano richiesta, ma di nuove e ulteriori forme di "cooperazione" e "collaborazione" nelle "materie" di cui si parla.

Penso in particolare alle "intese", tanto presenti sul piano legislativo e della giurisprudenza costituzionale. Si dovrebbe dar luogo, in altri termini, alla più attenta salvaguardia delle autonomie regionali in tutti quei casi, per così dire, di "frizione" nell'esercizio di specifiche funzioni legislative e amministrative, tenendo comunque presente i "principi unitari" richiesti dal sistema costituzionale.

È questo, peraltro, un criterio già vigente nel tessuto della Carta costituzionale. Si pensi, solo per fare un esempio, a quanto dispone l'articolo 118 della Costituzione, sia nel caso dell'esercizio della "funzione amministrativa", sia nel caso relativo alle particolari materie dell'immigrazione, della sicurezza e della tutela dei beni culturali.

Nel primo caso (art. 118, comma 1) si dispone che "le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza".



È come dire che, qualora i Comuni non siano in grado di mantenere l'unitarietà della funzione amministrativa, la funzione stessa è conferita a Enti che abbiano competenza territoriale più vasta e siano quindi in grado di "assicurare" questa unitarietà. Nel secondo caso (art. 118, comma 3) si sancisce in modo estremamente chiaro che "la legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni" nelle appena menzionate materie.

Il richiamo alla legge, peraltro, è tutt'altro che superfluo, poiché, il "principio di legalità, sancito dall'articolo 97 della Costituzione proprio a proposito della "organizzazione dei pubblici uffici", è di certo uno strumento indispensabile per garantire "il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione".

Comunque è da ricordare che questo "adattamento" e "coordinamento" dell'esercizio delle funzioni risponde al generale "principio interpretativo"⁷, al quale ho sopra fatto cenno, secondo cui la "norma", e cioè il comando da applicare nel caso concreto, non deriva soltanto dal significato letterale del "testo", ma dalla "significazione" che esso assume nel quadro generale dei "principi fondamentali" dell'ordinamento, tra i quali emerge il "principio di eguaglianza", che ha una indubbia caratterizzazione "etico giuridica".

Questo metodo interpretativo, d'altro canto, è stato seguito da parte di una copiosa giurisprudenza costituzionale in tema di "materie trasversali" o in qualche modo interconnesse. E, a tal proposito è utile ricordare che la sentenza della Corte costituzionale n. 336 del 2005, afferma che: "l'ampiezza e l'area di operatività" di determinate disposizioni costituzionali non possono essere individuate in "modo aprioristico" e "valido per ogni possibile tipologia di disciplina normativa". Esse, infatti, devono necessariamente essere "calate nelle specifiche realtà normative" cui afferiscono e devono tener conto, in modo particolare, degli "aspetti peculiari" con cui tali realtà si presentano".

3. L'abisso giuridico costituzionale del disegno di legge sulle "autonomie differenziate" di Calderoli.

Venendo ad esaminare il contenuto del disegno di legge Calderoli, il primo dato che balza agli occhi è che questo disegno disattende completamente quanto ho tentato di dimostrare a proposito della "interpretazione" dell'articolo 116 della Costituzione, e dà per scontato l'"identità di significato" tra l'espressione "autonomie differenziate" e l'espressione "forme e condizioni particolari di autonomia". Esso, insomma, si riferisce alla "eliminazione" dei "principi fondamentali dello Stato" che le Regioni devono osservare nell'esercizio della loro 23 materie di "competenza concorrente", e della "attribuzione di nuove materie", e cioè di nuove "competenze", alle Regioni a statuto ordinario che ne facciano richiesta.

E tutto questo avviene con un costante richiamo ai principi solidali e cooperativi di "pluralismo istituzionale", di "coesione economica e sociale", di "sussidiarietà" e così via dicendo, come se questi richiami fossero davvero capaci di "rassicurare" chi teme che l'attuazione di questa cosiddetta "autonomia differenziata" costituisca un enorme pericolo per

7 E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 324 ss.



l'unità giuridica e economica dell'Italia, e non si trattasse di richiami, quali in effetti sono, di pura facciata e sostanzialmente privi di significato.

Tra l'altro, questo fine puramente e solamente rassicurante è provato dal fatto che il disegno di legge si conclude con le parole: "è fatto salvo l'esercizio del potere sostitutivo del governo ai sensi dell'articolo 120, secondo comma della Costituzione" (che riguarda, per l'appunto, "la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica"). Vien da chiedersi chi mai potrebbe credere che il governo sia davvero in grado di tutelare l'unità giuridica ed economica del Paese, se a ogni Regione è stata riconosciuta una piena e insindacabile libertà d'azione nelle materie di propria competenza. In realtà si tratta soltanto di "banali espedienti" narrativi che certamente non giovano alla serietà e alla validità di un vero e proprio "disegno di legge".

Ma questo procedere con espedienti, a ben vedere, non è affatto un caso isolato. Risulta infatti estremamente chiaro da una lettura spregiudicata del testo che questo è quasi interamente scritto utilizzando una "forma di linguaggio" che consiste nel distrarre continuamente l'attenzione del lettore, dapprima esaltando ad arte l'importanza dei "principi costituzionali", unitamente alla improcrastinabile necessità della loro attuazione, e risolvendosi poi in delle proposte, che, anziché attuare quei "principi", hanno il solo fine dell'attuazione di maggiori autonomia alle Regioni.

E si tratta, invero, di una modalità di narrazione che riguarda, sia il disegno di legge nella sua interezza, sia singoli casi del disegno stesso.

Per quanto riguarda la costruzione del disegno di legge nella sua interezza (art. 2 del disegno di legge), è posto in primo piano la sinora mancata attuazione dell'autonomia differenziata, da realizzare, come sancisce l'articolo 116 della Costituzione, mediante l'approvazione di una "legge dello Stato, deliberata a maggioranza dei componenti delle Camere". Ma subito si "svia" il discorso, ampliando il numero dei temi da affrontare (che poi sono procrastinati e lasciati insoluti), e ponendo come "essenziale", non l'approvazione della "attribuzione di competenze e poteri alla Regione richiedente" mediante una "legge dello Stato, approvata a maggioranza dei componenti delle Camere", ma il perseguimento della "intesa definitiva" tra il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, da un lato, e la Regione dall'altro.

Si trascura, in altri termini, il fatto relevantissimo che questa "intesa definitiva" è soltanto un "atto propedeutico e preparatorio" all'approvazione della predetta "legge dello Stato" (che sola può "valutare" gli interessi di tutti gli Italiani), e, per di più, si sposta il tutto sul piano "di una procedura amministrativa per l'approvazione dell'intesa", in palese e insanabile contrasto con quanto sancisce lo stesso articolo 116.

È vero che il disegno di legge Calderoli prevede poi che l'"intesa definitiva" sarà oggetto di un altro disegno di legge predisposto dal Consiglio dei ministri e da approvare a maggioranza semplice, ma questa legge, ovviamente di carattere ordinario, non potrà certamente entrare nel merito delle complesse "intese" raggiunte, sicché non potrà che avere un valore puramente formale e giuridicamente ininfluenza.



Come si nota, il disegno di legge Calderoli si erge a “supremo legislatore”, richiama, è vero, i principi costituzionali non attuati, ma, lungi dall’attuarli, sostituisce alla “legge maggioritaria dello Stato”, prevista dall’articolo 116 della Costituzione, una sua legge ordinaria, di carattere puramente formale; fa dipendere l’“attuazione” delle maggiori “autonomie regionali” da una “intesa definitiva”, frutto di un confronto tra Ministeri e Regione sul piano puramente amministrativo; pretende, insomma, di perseguire l’importante fine dell’attuazione delle “autonomie regionali”, creando *ex novo* procedure e istituti, assolutamente non previsti neppure dall’articolo 116, che dice di volere approvare.

Il fatto più sorprendente, poi, è che questo disegno di legge, che, al comma primo, dell’art. 1, afferma di voler definire i “principi generali” per l’attribuzione alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia, nulla dice su questo fondamentale aspetto, lasciando alla libera contrattazione tra Ministri e Regione di determinare i contenuti delle “Intese”. Ed è appena il caso di aggiungere che quali siano questi contenuti non è dato saperlo, visto che dette “intese” sono rimaste “segrete”.

Insomma, dovrebbe apparire chiaro a chiunque, ed anche ai non addetti ai lavori, che questo disegno Calderoli, già per quanto detto a proposito della sua “struttura fondamentale”, è ben lontano dall’aver una vera consistenza giuridica ed essere conseguentemente considerato un “atto giuridicamente esistente”.

Tuttavia, a mio avviso, questa ineluttabile conclusione, non mi esime, per amore di completezza, dal fare qualche riferimento anche a “singole disposizioni” di questo disegno di legge.

Tanto per cominciare, ricordo che l’affermazione (già citata) secondo la quale (Relazione, p. 3, seconda colonna, capoverso) il disegno di legge è volto “a dare seguito al processo virtuoso di autonomia differenziata ... in attuazione dei principi di sussidiarietà e solidarietà, in un quadro di coesione nazionale” è smentito, qualche riga dopo, dall’osservazione che “le unità politiche territoriali che compongono la Repubblica ... sono e sempre più saranno fortemente interdipendenti. Perciò è frequente il rischio che il rallentamento di talune realtà colpisca anche quelle che potrebbero avere un ruolo di traino”. Dunque, l’autonomia differenziata, come si nota, non è affatto utile a tutte le Regioni, e suo fine dichiarato è quello di salvaguardare innanzitutto le Regioni cosiddette “trainanti”.

Altro esempio molto eloquente è quello che riguarda la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (i famosi LEP). È chiaro che si tratta di un annoso e grave problema, ma il disegno Calderoli rivolge la sua attenzione (art. 3 del disegno) alle prestazioni che riguardano “materie o ambiti di materie” oggetto di devoluzioni alle Regioni che richiedono l’autonomia differenziata, precisando inoltre (art. 5 del disegno) che la determinazione di dette prestazioni avrà effetto soltanto se sarà possibile dare attuazione al noto principio del pareggio del bilancio, peraltro richiamato dall’art. 17 della legge finanziaria per il 2023.



Si può ricordare ancora l'affermazione secondo la quale (art. 8 del disegno) "dall'applicazione di detto disegno di legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". Ma, a ben vedere, questo fine è raggiunto, o con improbabili provvedimenti di snellimento burocratico, o rinviandone l'attuazione a future previsioni di bilancio.

Si potrebbe, come dicevo, continuare a lungo. Ma quanto ho finora riferito sui singoli casi mi esime di andare oltre per confermare quanto ho appena detto sulla invalidità giuridica di questo atto.

4. Gli effetti giuridici e economici della eventuale trasformazione in legge del disegno Calderoli.

Ho cominciato il mio parlare, con il tentativo di inquadrare il problema delle autonomie differenziate nel sistema ordinamentale della nostra Repubblica. Ed ora, al termine di questa indagine che ho cercato di portare avanti soprattutto sul piano della "interpretazione giuridica", mi appare d'obbligo concludere con qualche osservazione sugli "effetti" che l'approvazione di questo disegno porterebbe alla "tenuta" della nostra "Comunità politica", una "Comunità", la quale, come ho avuto cura di sottolineare, si mantiene sullo stretto collegamento tra gli aspetti giuridici a quelli economici.

Sul piano giuridico, mi sembra agevole osservare che, se è vero, come risulta dalla citata notazione di Cicerone, che lo Stato è costituito dalla "riunione (coetus) di una moltitudine di persone, raggiunta con un consenso di diritto e una comunione di interessi", possiamo purtroppo con estrema amarezza affermare che il disegno Calderoli ha definitivamente completato quel processo di distruzione della "unità dell'Italia", iniziatisi con il brutale assassinio di Aldo Moro e portato avanti dai vari governi che si sono succeduti a quell'orribile assassinio (basti pensare alla modifica del Titolo V della Costituzione e alle altre molte proposte non approvate da referendum).

Infatti il disegno di legge Calderoli mira a cancellare, con un tratto di penna, gli elementi essenziali della "comunità politica", e cioè la "comunione di interessi" (unitamente al "consenso del diritto") di una moltitudine di persone.

Infatti, l'accentramento delle più importanti competenze, e del maggior numero di esse, nelle Regioni, piuttosto che nello Stato, fa chiaramente intendere che quel consenso di diritto e quella comunione di interessi non riguarda più, unitariamente, tutto il Popolo italiano, ma gli abitanti delle 20 Regioni, nelle quali l'Italia è divisa (piuttosto che essere "costituita", come sancisce l'articolo 114 della Costituzione).

Né va sottovalutato il fatto che questo disegno di legge cancella in pratica anche il "diritto fondamentale", proclamato dall'articolo 49 della Costituzione, secondo il quale tutti i cittadini "hanno il diritto di concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale". Se il grosso delle materie è nella competenza delle Regioni (che hanno poteri anche in campo comunitario e internazionale), quale "politica nazionale" potrà essere efficacemente perseguita nell'interesse comunitario di tutti?



Insomma, il “principio fondamentale”, proclamato dall’articolo 5 della Costituzione sulla “unità e indivisibilità della Repubblica” appare completamente disatteso e calpestato, a favore della “attribuzione” di “poteri e competenze” alle Regioni.

Per quanto riguarda gli aspetti economici⁸, è sufficiente ricordare, che, sempre ad opera dei governi che si sono succeduti all’assassinio di Aldo Moro, sul virtuoso “sistema economico solidaristico” di stampo keynesiano, che considerava “attori” dell’economia, non solo i singoli privati, ma anche l’intera Comunità dei cittadini, proprietaria di un immenso “demanio pubblico industriale”, che ci aveva consentito il famoso miracolo economico italiano degli anni sessanta, è calata la prepotenza del vigente “sistema economico predatorio neoliberista”, che ha compiuto una vera rivoluzione economica finanziaria, ponendo fuori gioco i piccoli imprenditori e favorendo un tipo di economia nella quale sono egemoni soltanto i grandi capitali, le multinazionali, le grandi banche e la finanza in genere, mentre i singoli lavoratori e l’insieme dei cittadini, una volta presenti sul mercato attraverso gli Enti pubblici economici e le Aziende pubbliche⁹, non riescono oggi ad arrivare a fine mese (mentre sei milioni di italiani vivono in povertà assoluta e sono costretti a una vita gracile e penosa).

Per riprenderci da questa rovina, dovremmo ricostituire la nostra “proprietà pubblica demaniale”, formata, non solo da porzioni di territorio, ma anche dai servizi pubblici essenziali, dalle fonti di energia, dalle industrie strategiche, che, ai sensi dell’articolo 43 della Costituzione, dovrebbero essere in mano pubblica o di comunità di lavoratori o di utenti, e che purtroppo, insane scelte dei nostri governi hanno “liberalizzato”, “privatizzato” e “svenduto” a multinazionali o a potentati economici e finanziari.

Ma che il disegno Calderoli sia fuori da questi fini dovrebbe risultare chiaro dal discorso fin qui portato avanti. Esso come ho tentato di dimostrare, non attua affatto i “principi fondamentali” sanciti in Costituzione, peraltro ignorandone del tutto il correlato “modello interpretativo”. Insomma appare evidente che ci troviamo di fronte a un disegno di legge che costituisce il compimento tragico della distruttiva ideologia neoliberista e che, in pratica, ha un solo fine, “accentrare” nelle Regioni “economicamente più forti”, quelle poche fonti di ricchezza che ancora restano nelle mani delle Regioni economicamente più deboli. Lo dimostra, più di qualsiasi ragionamento, la stessa “sistematica”, e il correlato “caotico linguaggio” che questo disegno stesso costantemente utilizza.

8 P. MADDALENA, *Costituzione economica: Privatizzazioni e proprietà pubblica demaniale*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*. Editoriale – Fascicolo n. 3/2023.

9 Detti Enti e Aziende non dovevano fare profitti, ma solo coprire i costi, non potevano fallire, in quanto Enti di Stato, potevano invece offrire lavoro e a chi ne avesse bisogno, corrispondendo una equa retribuzione, come del resto prescrivono, in particolare, gli articoli 4 e 36 della Costituzione.



SAGGI



BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DELLA LEGGE COST.

1/2022

Leandra Abbruzzo*

Abstract [It]: Il testo analizza la riforma degli artt. 9 e 41 Cost., che ha introdotto la nozione di ambiente in Costituzione. Tale novella rappresenta un cambiamento particolarmente rilevante poiché l'ambiente diviene una variabile interna alle prospettive di sviluppo, coerentemente al modello di economia circolare. Dopo un'analisi della nozione di ambiente e del riformato principio fondamentale, il contributo, infatti, si concentra sull'art. 41, co. 3, Cost. che, rinnovando l'esigenza di una programmazione statale in ambito economico, può costituire un *input* per una rivoluzione verde.

Abstract [En]: The text analyzes the reform of the articles. 9 and 41 of the Constitution, which introduced the notion of environment in the Constitution. This news represents a particularly relevant change since the environment becomes an internal variable in development prospects, consistently with the circular economy model. After an analysis of the notion of environment and the reformed fundamental principle, the contribution, in fact, focuses on art. 41, co. 3, Constitution which, by renewing the need for state planning in the economic field, can constitute an *input* for a green revolution.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi – 2. Il concetto di “ambiente” nell’ordinamento italiano e la novella dell’art. 9 Cost. – 3. La riforma dell’art. 41 Cost. e le nuove prospettive dell’intervento statale – 4. Osservazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi

Da molti anni si discute anche in Italia della delicata questione ambientale¹ e del c.d. *climate change*, temi su cui vi è una grande attenzione da parte della società², sempre più sensibile

1* Dottoranda di ricerca in “Il diritto dei servizi nell’ordinamento italiano ed europeo” presso l’Università degli studi di Napoli “Parthenope”.

A. PAPA - G. CATALDI, *Ambiente, diritti e identità culturale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.

2 Si pensi al movimento “Fridays for Future” e all’Enciclica di Papa Francesco “*Laudato si*”. Cfr. F. M. MAFFEZZONI, *Riflessioni sui “nuovi” limiti ed orientamenti dell’iniziativa economica privata (intorno al “nuovo” art. 41 Cost.)*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2023, p. 54 e F. SANCHINI, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell’ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della costituzione economica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2022, p. 184.



rispetto ad argomenti quali la crisi idrica, lo scioglimento dei ghiacciai e il cambiamento climatico.

Esattamente dopo cinquanta anni dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano tenutasi a Stoccolma nel 1972 e durante la pandemia da Covid-19³, il Parlamento italiano ha approvato, come è noto, la legge costituzionale n. 1/2022 recante «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente»⁴, che aggiunge un terzo comma all'art. 9 Cost. nel quale si sancisce la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, e viene inserita la precisazione secondo cui «la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»⁵. La tutela

3 I.A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it - Paper*, 23 giugno 2021, p. 2.

4 La proposta di legge costituzionale A.C. 3156 è stata trasmessa dal Senato e assegnata alla I Commissione Affari Costituzionali in sede referente il 14 giugno 2021 (e il parere delle Commissioni VIII Ambiente, X Attività produttive, XII Affari sociali, XIII Agricoltura e Commissione parlamentare per le questioni regionali). In data 9 giugno 2021 il Senato ha approvato il disegno di legge S. 83 (con S. 212, S. 938, S. 1203, S. 1532, S. 1627, S. 1632, S. 2160) con 224 voti favorevoli, 23 astensioni e nessuno voto contrario. Successivamente la proposta di legge C. 3156 (abbinata con C. 15, C. 143, C. 240, C. 2124, C. 2150, C. 2174, C. 2315, C. 2838, C. 2914, C. 3181) è stata approvata in prima lettura dalla Camera dei deputati il 12 ottobre 2021 con 412 voti favorevoli, 16 astenuti e 1 contrario. In seconda lettura il disegno di legge (S. 1203-1532-1627-1632-212-83-938-2160-B) è stato approvato dal Senato il 3 novembre 2021 (218 voti favorevoli, 2 astenuti e nessun contrario) e dalla Camera in data 8 febbraio 2022 con 468 voti favorevoli, 6 astensioni e 1 contrario. Questa legge è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022. Sui profili formali della riforma si veda F. VARI, *La novella degli artt. 9 e 41 Cost.: spunti sistematici tra protezione dell'ambiente e limiti alla revisione costituzionale*, in *AmbienteDiritto*, n. 3, 2023, pp. 1 e ss. È opportuno ricordare che l'iter delle precedenti proposte di legge costituzionale di modifica dell'art. 9 Cost. è stato interrotto. Cfr. in merito V. CALZOLAIO, *La Costituzione italiana e la tutela dell'ambiente*, 26 maggio 2021, in *Società*, consultabile al sito <https://ilbolive.unipd.it/it/news/costituzione-italiana-tutela-dellambiente>. Si veda anche D. PORENA, *Sull'opportunità di un'espressa costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell'articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2020, p. 313, nota 2.

5 Tale legge, alla luce della clausola di salvaguardia, deve comunque essere applicata alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome nei limiti delle competenze legislative a esse attribuite in materia dai rispettivi statuti. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2021, pp. 469 e ss. definisce questa clausola una «riserva di legge statale "a geometria variabile"». Si vedano in proposito le considerazioni di M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2022, pp. 134 e ss., in cui tra l'altro asserisce che «la nuova competenza legislativa esclusiva dello Stato (...) rischia seriamente di compromettere la perdurante ammissibilità di una potestà legislativa che è sempre stata ritenuta pacificamente spettante alle Regioni». In merito al ruolo della Regioni nelle politiche ambientali si veda P. BILANCIA, *Le Regioni e l'ambiente: elementi comparati nel costituzionalismo europeo contemporaneo*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2019, pp. 331-351. Per un'analisi approfondita del ruolo delle Regioni nell'ambito del sistema multilivello si veda, tra i tanti, A. PAPA, *Le Regioni nella multilevel governance europea*, in A.



dell'ambiente viene introdotta anche nell'art. 41 Cost.: la riforma costituzionale aggiunge nel secondo comma un nuovo limite stabilendosi che l'iniziativa economica privata non debba recare danno alla salute e all'ambiente e prevede nel terzo capoverso che la legge debba determinare i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata (anche) a fini ambientali⁶.

La revisione mira a introdurre nel testo costituzionale «le acquisizioni in tema di tutela ambientale da tempo maturate nell'ordinamento e nella coscienza collettiva»⁷: difatti, dilatando la nozione di paesaggio⁸ e dal combinato disposto degli artt. 2, 9 e 32 Cost. il giudice costituzionale⁹, come si vedrà *infra* § 2, già dagli anni Ottanta aveva riconosciuto il diritto a un ambiente salubre, definito ad esempio nella sentenza n. 307/1992 un bene costituzionalmente garantito e protetto¹⁰.

In Italia solo con la L. cost. n. 3/2001 all'art. 117, co. 2, lettera s.) Cost. fu introdotta in Costituzione la tutela dell'ambiente, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato: sin dall'inizio, tuttavia, la Corte costituzionale ha sottolineato la trasversalità di tale materia poiché essa «investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze»¹¹, ragion per cui la disciplina statale nella materia della tutela dell'ambiente «“viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza”», pur potendo queste ultime, nell'esercizio di competenze previste dalla Costituzione che concorrono con quella dell'ambiente, adottare disposizioni volte a introdurre

PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Giappichelli, Torino, 2017.

6 Nel Dossier del 23 settembre 2021, n. 405/1, Senato della Repubblica, Servizio studi, Ufficio ricerche su questioni istituzionali, di giustizia e cultura, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, reperibile al link <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AC0504a.Pdf>, pp. 10-11, si legge che introducendo tali limiti «si è inteso dare sostanza al nuovo dettato dell'articolo 9, elevando al rango costituzionale principi già previsti dalle norme ordinarie e affiancando altresì la salute all'ambiente per la stretta correlazione tra i due aspetti».

7 M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 129.

8 In merito al rapporto tra paesaggio e ambiente si veda, tra gli altri, F. FABBRIZZI, *Dal paesaggio all'ambiente: conflitto o composizione*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2023.

9 In realtà, la Corte costituzionale si riferisce all'ambiente già con la sentenza n. 7949/1971 in cui si asserisce che la legge n. 740/1935 (istitutiva del Parco nazionale dello Stelvio) «vuole conservare alla collettività l'ambiente naturale che si è costituito spontaneamente o mediante l'opera dell'uomo in una determinata porzione del territorio statale».

10 La Corte nel caso di specie ha escluso «anche la possibilità di un'autorizzazione implicita o tacita e il ricorso all'istituto del silenzio-assenso proprio perché si impone la tutela della salute e dell'ambiente, che sono beni costituzionalmente garantiti e protetti (artt. 32 e 9 della Costituzione)». Si veda a commento G. GRECO., *Legge regionale contrastante con una norma (di legge attuativa) di direttiva comunitaria: quale il giudice competente?*, in *Le Regioni*, n. 2, 1993.

11 Corte cost., sent. n. 407/2002.



una tutela ambientale più elevata¹². La L. Cost. n. 1/2022 ha suscitato, com'era prevedibile, alcune perplessità in merito al proprio contenuto¹³, al rapporto tra paesaggio¹⁴ e ambiente e a quello tra ambiente e libertà di iniziativa economica privata nonché sulla possibilità di poter sottoporre al procedimento di revisione costituzionale anche i principi fondamentali.

In virtù della rilevanza dei valori da tutelare¹⁵ la riforma è intervenuta per la prima volta su un principio fondamentale¹⁶ e, non essendo possibile prevedere con certezza le conseguenze di tale «precedente»¹⁷, ha sollevato numerose critiche poiché «l'inclusione di un nuovo valore o principio fondamentale si mostra astrattamente idonea a generare forme di corrispondente

12 Corte cost., sent. n. 199/2014.

13 Si vedano, *ex plurimis*, AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela ambientale. Atti del Convegno 28 gennaio 2022*, Aidambiente Collana, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it - Paper*, 6 aprile 2022; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, Focus - Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia, n. 4, 2022; M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 4, 2022; ID, *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 di Quaderni costituzionali*, n. 3, 2021; ID, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit.; M. DELSIGNORE - A. MARRA - M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022; C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2021; V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, n. 1, 2023; E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2022; T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it - Paper*, 23 giugno 2021; D. IACOVELLI, *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione nell'ecologia delle idee*, in *Jus- Online*, n. 3, 2022; G. MARAZZITA, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione anche nel rapporto fra Stato e Regioni*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 4, 2022; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2022; I.A. NICOTRA, *op. cit.*; G. SEVERINI - P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giust. insieme*, 22 settembre 2021; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it - Paper*, 23 giugno 2021; G. SANTINI, *op. cit.*; G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in *Giustizia insieme*, 2022.

14 A. PAPA, *Valorizzazione e gestione del patrimonio culturale nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Franco Angeli, Milano, 2006; ID, *Valorizzazione e gestione del patrimonio culturale nel Codice dei beni culturali e del paesaggio tra propensione all'esternalizzazione e tentazione di ritorno al passato*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 2, 2007.

15 Relazione della I Commissione permanente del Senato, comunicata alla Presidenza il 25 maggio 2021 consultabile al link <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/360917.pdf>.

16 T. E. FROSINI, *op. cit.*, p. 2, parla in proposito di «tabù costituzionale». G. SANTINI, *op. cit.*, a p. 462, ricorda che un dibattito analogo era già stato sollevato durante la XIV Legislatura.

17 T. E. FROSINI, *op. cit.*, p. 2.



“compressione” a carico di altri»¹⁸. Su questo tema si è sviluppato un notevole dibattito che ha visto la dottrina dividersi in due filoni: uno contrario a tale intervento¹⁹, l’altro invece favorevole²⁰. Non è la prima volta che ci si interroga in merito all’ammissibilità di un simile intervento riformatore. In passato, infatti, la dottrina ha ritenuto non sottoponibili a revisione i «sommi principi del sistema democratico» ovvero «i presupposti indefettibili della democrazia liberale e pluralistica voluta dai costituenti: quali la libertà personale, la libertà di associazione, la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto di voto, il libero concorso dei partiti alla determinazione della politica nazionale»²¹. Come noto, al riguardo si è espressa anche la Corte costituzionale, che con la sentenza n. 1146/1988 ha stabilito che la Costituzione «contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»²².

La Consulta con tale pronuncia ha dunque “limitato” le ipotesi di revisione costituzionale, ma in modo differente da quello che potrebbe risultare da un’analisi letterale della sentenza in questione: per la Corte sarebbe infatti possibile revisionare anche le disposizioni costituzionali inerenti ai principi supremi dell’ordinamento giuridico purché non se ne pregiudichi il contenuto essenziale²³.

18 D. PORENA, *Sull’opportunità di un’espressa costituzionalizzazione dell’Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell’articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura*, cit., p. 314.

19 Tra questi, T.E. FROSINI, *op. cit.*, p. 3; F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 2, G. SEVERINI - P. CARPENTIERI, *op. cit.* Anche D. PORENA, «Anche nell’interesse delle generazioni future». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15, 2022, pp. 125 e ss., pur favorevole alla riforma, ammette che, a seguito di essa, «si sarebbe potuto paventare (come peraltro è stato fatto) il cedimento della dottrina sulla immodificabilità dei principi fondamentali».

20 Tra gli altri, R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell’ambiente*, cit., p. 3; M. C. CARBONE, *Le parole sono importanti. La configurazione dell’ambiente come valore generale attraverso l’aggiornamento del lessico costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2023, pp. 14 e ss.; R. FATTIBENE, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, in *Nomos- Le attualità del diritto*, n. 3, 2022, pp. 3 e ss. e S. GRASSI, *La tutela dell’ambiente nelle fonti internazionali, europee ed interne*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2023, pp. 17 e ss.

21 L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 159.

22 La Corte prosegue spiegando che «tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

23 Nello stesso senso A. MOLFETTA, *L’interesse delle future generazioni oltre la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2023, pp. 224-225.; R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell’ambiente*, cit., p. 2; M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela*

Come si vedrà nei paragrafi successivi, la tutela dell'ambiente è da tempo pacificamente riconosciuta dalla Corte costituzionale come un valore da tutelare e ciò conduce ad attribuire alla riforma un «carattere espansivo (...) di una già acquisita tutela»²⁴ da parte della giurisprudenza costituzionale che ha da sempre tratto il bene ambiente proprio dall'art. 9 Cost.²⁵

In considerazione della rilevante portata della legge costituzionale in questione, il presente contributo si propone di avanzare alcune riflessioni: partendo dalla definizione dell'ambiente nell'ordinamento italiano, ci si soffermerà sulle novità introdotte negli artt. 9 Cost. e 41 Cost. allo scopo di evidenziare la possibile *rinascita* del terzo comma di questa disposizione²⁶, sulla cui base potranno essere incrementate le politiche di economia circolare.

2. Il concetto di “ambiente” nell’ordinamento italiano e la novella dell’art. 9 cost.

Nel 1973 Massimo Severo Giannini scrisse che «nel linguaggio normativo l'ambiente (...) non è definito né definibile, non ne sono precisate le condizioni d'uso, né è riducibile in enunciati prescrittivi». Vi sono state da sempre due diverse teorie dottrinali: la prima è quella “pluralista”, che identifica l'ambiente nell'elencazione degli elementi oggetto della tutela ambientale; la seconda, invece, è denominata “monista” poiché finalizzata a rappresentarne un concetto onnicomprensivo.

La tesi pluralista, sostenuta anche dalla giurisprudenza costituzionale²⁷, viene formulata per la prima volta da Giannini, secondo cui vi sono tre nozioni di «ambiente»: «1) l'ambiente

dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione, cit., pp. 816 e ss.

24 R. FATTIBENE, *op. cit.*, pp. 3-4, secondo cui ciò «non lo priva, tuttavia, di “verve innovativa”, La sua caratura è, infatti, certamente maggiore rispetto a quella esplicabile dal Giudice delle leggi, in termini di condizionamento della realtà giuridica, in ogni sua espressione, compresa, peraltro, la stessa giurisprudenza costituzionale». Nello stesso senso R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, cit., p. 3; M. C. CARBONE, *op. cit.*, p. 17; M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 817; F. SANCHINI, *op. cit.*, pp. 188 e ss.; D. PORENA, *Sull'opportunità di un'espressa costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell'articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura*, cit., p. 314.

25 R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, cit., p. 3. Per V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari, 2023, p. 174, «la revisione degli artt. 9 e 41 Cost. per certi aspetti rappresenta il compimento ultimo del percorso evolutivo di tale identità costituzionale».

26 F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Rivista quad. dir. amb.*, n. 1, 2020, p. 69.

27 Corte cost., sent. n. 239/1982, secondo cui la protezione dell'ambiente «comprende, com'è comunemente ammesso, oltre la protezione ambientale collegata all'assetto urbanistico del territorio,



a cui fanno riferimento la normativa ed il movimento di idee relativi al paesaggio; 2) l'ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi alla difesa del suolo, dell'aria, dell'acqua; 3) l'ambiente a cui si fa riferimento nella normativa e negli studi dell'urbanistica»²⁸.

Altra parte della dottrina, sostenendo la corrente monista, ha enunciato una definizione onnicomprensiva di ambiente²⁹ (in cui il diritto ambientale è finalizzato alla tutela della salute dell'uomo e alla salvaguardia del patrimonio culturale e paesaggistico) avallata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dalla Corte costituzionale.

La strumentalità dell'ambiente alla tutela della salute alla luce degli artt. 2, 3 e 32 Cost. emerge già nel 1979 con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 5172, in cui viene sancito che «il diritto alla salute si presenta come diritto all'ambiente salubre». Anche la Consulta configura la «salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona e interesse fondamentale della collettività»³⁰: la tutela dell'ambiente, «elemento determinativo della qualità della vita ... e valore primario e assoluto», esprime «l'esigenza di un *habitat* naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività», ragion per cui è «imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.)»³¹. L'ambiente, altresì, rappresenta un bene giuridico, che tuttavia «non è certamente possibile oggetto di una situazione soggettiva di tipo appropriativo» e che «appartenendo alla categoria dei c.d. beni liberi, è fruibile dalla collettività e dai singoli»³².

Successivamente all'entrata in vigore della legge cost. n. 3/2001, la Corte costituzionale ha sostenuto che la tutela dell'ambiente non può qualificarsi come una materia in senso tecnico, bensì come «“valore” costituzionalmente protetto, (...) materia “trasversale”, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo

anche la tutela del paesaggio, la tutela della salute nonché la difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua dall'inquinamento».

28 M.S. GIANNINI, *'Ambiente': saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, pp. 15-23.

29 A. GUSTAPANE, *Tutela dell'ambiente (dir. int.)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 507; A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985 (che inquadra l'ambiente tra i diritti della personalità) e F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente fondata sull'art. 2 Cost.*, in *Dir. Econ.*, n. 2, 2002 (secondo cui, invece, si configurava come un obbligo di solidarietà). Parte della dottrina ha definito l'ambiente come un diritto soggettivo assoluto, indisponibile, intrasmissibile, imprescrittibile, irrinunciabile (L. MEZZETTI, *Manuale di diritto ambientale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 124).

30 Corte cost., sent. n. 210/1987.

31 Corte cost., sent. n. 641/1987.

32 *Ibidem*. A quest'orientamento costituzionale si è allineata la giurisprudenza amministrativa: anche il Consiglio di Stato, sez. VI, infatti, con la sentenza n. 9215/2001 ha ritenuto che il cittadino sia «titolare di un diritto soggettivo all'ambiente salubre, quale riflesso del suo diritto alla salute costituzionalmente tutelato ex artt. 2 e 32 Cost.».



Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale»³³, pur non escludendo «affatto che le leggi regionali emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella “residuale” di cui all'art. 117, quarto comma, possano assumere tra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale»³⁴.

Così come la giurisprudenza costituzionale è stata sempre pacifica nel definire l'ambiente come un bene composto da «varie componenti, ciascuna delle quali può costituire, anche isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela»³⁵, anche il novellato art. 9 Cost. ha individuato apparentemente una pluralità di “nuovi” oggetti prevedendo espressamente la tutela dell'ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità³⁶.

Ogni ecosistema, ad esempio, include «tutti gli organismi che vivono insieme (comunità biotica) in una data area»³⁷, nonché le sostanze e gli elementi non viventi, ed è costituito da «*un complesso dinamico formato da comunità di piante, di animali e di micro-organismi e dal loro ambiente non vivente, le quali grazie alla loro interazione, costituiscono un'unità funzionale*»³⁸. L'ambiente è stato definito consequenzialmente come l'equilibrio ecologico della biosfera, o dei singoli sistemi di riferimento³⁹.

Proprio in merito al rapporto tra ambiente ed ecosistema è intervenuta la Corte costituzionale secondo cui non è da trascurare che l'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.

33 Corte cost., sent. n. 407/2002, cit. Si vedano in merito, *ex multis*, **M. CECCHETTI**, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 312 ss.; **F.S. MARINI**, *La Corte costituzionale nel labirinto delle “materie trasversali”*: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002, in *Giur. Cost.*, 2002.

34 Corte cost., sent. n. 246/2006. In senso conforme si vedano le sent. nn. 63/2020 e 88/2020. La Corte costituzionale anche recentemente ha ribadito la competenza esclusiva dello Stato in materia ambientale affermando nella sentenza n. 189/2021 che essa risponde «a ineludibili esigenze di protezione di un bene, quale l'ambiente, unitario e di valore primario (...), che risulterebbero vanificate ove si riconoscesse alla Regione la facoltà di rimetterne indiscriminatamente la cura a un ente territoriale di dimensioni minori, in deroga alla valutazione di adeguatezza compiuta dal legislatore statale con l'individuazione del livello regionale». Allo stesso modo nella sentenza n. 24/2022 il Giudice costituzionale ribadisce che «in base all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., spetta in via esclusiva allo Stato il compito di dettare una disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente, considerato come entità organica e connesso a un interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto».

35 Corte cost., sent. n. 641/1987, cit. Tale orientamento è stato poi successivamente confermato, ad esempio, con la sentenza n. 378/2007 con cui il Giudice delle leggi ribadisce che l'ambiente è «un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti».

36 **M. CECCHETTI**, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 131.

37 **L. SALVEMINI**, *I principi di diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 3-4.

38 Allegato alla legge n. 124 del 1994 «Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla biodiversità, con annessi, fatta a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992».

39 **B. CARAVITA**, *Diritto dell'ambiente*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 33.



accosti alla parola “ambiente” il termine “ecosistema” poiché «spetta allo Stato disciplinare l’ambiente come una entità organica, dettare cioè delle norme di tutela che hanno ad oggetto il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto». Gli ecosistemi sono quindi una parte del «bene giuridico ambiente in senso unitario»⁴⁰: i due termini non si risolvono in un’endiadi poiché con il lemma “ambiente” ci si riferirebbe all’*habitat* degli esseri umani, mentre con la parola “ecosistema” si rappresenterebbe quanto attinente alla conservazione della natura come valore in sé⁴¹.

La biodiversità (la cui tutela era già prevista a livello europeo dalla direttiva n. 92/43/CEE recepita dal D.P.R. n. 357/1997⁴²) rappresenta una nozione differente, il cui significato si ricava dalla Convenzione sulla diversità biologica di Rio de Janeiro del 1992 (ratificata con la legge n. 124/1994), che all’art. 2 la definisce «*la variabilità degli organismi viventi di ogni origine, compresi, tra gli altri, gli ecosistemi terrestri, marini ed altri ecosistemi acquatici, ed i complessi ecologici di cui fanno parte: ciò include la diversità delle specie, tra le specie e degli ecosistemi*»⁴³. A tal proposito, da ultimo, la Corte costituzionale, al fine di tutelare la biodiversità, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma 3 dell’art. 37 della legge della Regione Toscana n. 3/1994 che, prevedendo soggetti autorizzati all’abbattimento dei cinghiali ulteriori rispetto a quelli indicati dalla norma statale, aumenta lo *standard* minimo di tutela ambientale sancito dalle disposizioni statali⁴⁴.

Anche sulla base di questi orientamenti giurisprudenziali, dunque, a parere di chi scrive sembra appropriata l’introduzione esplicita dei termini “biodiversità” ed “ecosistemi” all’interno del novellato art. 9 Cost. poiché sviluppa gli orientamenti di tutela ambientale di

40 Corte cost., sent. n. 378/2007, cit.

41 Corte cost., sent. n. 12/2009.

42 Tale direttiva si prefigge lo scopo di «*promuovere il mantenimento della biodiversità*» e di «*contribuire a salvaguardare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali, nonché della flora e della fauna selvatiche nel territorio europeo degli Stati membri al quale si applica il trattato*».

43 Ottemperando a quanto previsto dall’art. 6 della Convenzione di Rio de Janeiro sulla biodiversità, nel 2010 l’Italia ha adottato una «Strategia Nazionale per la Biodiversità 2011-2020».

44 Corte cost., sent. n. 21/2021. La Corte prosegue sostenendo che «lo sviluppo sostenibile delle foreste, che implica un equilibrio armonioso tra le componenti forestali e faunistiche, può risultare compromesso dal brucamento selettivo degli ungulati». Già precedentemente La Corte costituzionale si è espressa mediante le sentenze di incostituzionalità n. 30/2009, n. 288/2012, n. 98/2017 e n. 178/2020 sulla tutela della biodiversità sottolineando il rischio derivante da alcune normative regionali che sancivano la possibilità di immettere nelle acque interne specie ittiche alloctone rischiando di pregiudicare la conservazione degli habitat o delle specie autoctone.



matrice giurisprudenziale⁴⁵, assegnando in tal modo «ai legislatori le coordinate fondamentali e i vincoli su cui costruire le politiche ambientali»⁴⁶.

Come già accennato *supra* § 1, partendo dal presupposto per il quale «una tutela dell’ambiente ricercata prescindendo dal principio di solidarietà sarebbe priva di una fondazione che possa metterla in grado di contrastare la forza degli interessi e degli egoismi nazionali ed economici»⁴⁷, la riforma ha aggiunto che questa tutela è «*anche nell’interesse delle generazioni future*»⁴⁸.

45 Dossier n. 405/3 del 7 febbraio 2022 del Servizio Studi delle Camere “Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente” – Elementi per l’esame in Assemblea, p. 8, reperibile al link <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AC0504c.Pdf>

46 M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., pp. 131 e ss.: «la scelta del legislatore costituzionale di scorporare dal termine “ambiente” i termini “biodiversità” ed “ecosistemi”, in aggiunta alla scelta di mantenere intatto il riferimento al termine “paesaggio” del testo originario, si rivela, a ben vedere, la soluzione più convincente per una riforma che, da un lato, affonda inevitabilmente le proprie radici in una solida pratica giuridica (anche di livello internazionale e sovranazionale) che da tempo fa ampio uso di quei lemmi, dall’altro, è certamente destinata a proiettarsi nei decenni a venire, con l’obiettivo di guidare e orientare i comportamenti delle istituzioni pubbliche e dell’intera comunità repubblicana». Si veda anche F. TARANTINI, *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il contributo di Alberto Predieri all’idea di ‘paesaggio’*, in *Nomos- Le attualità del diritto*, n. 2, 2023, pp. 19-20, secondo cui «l’emendamento costituzionale in materia di biodiversità e protezione degli animali (...) appare strettamente conforme al quadro noto come *One Health Approach* (che parte dal presupposto di un’intrinseca connessione tra la salute dei cittadini e quella degli ecosistemi) già accolto dall’Unione Europea nell’ottica di evitare e prevenire future pandemie originarie dalle zoonosi, come esemplificato dalla recente emergenza di COVID-19».

47 S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 51 e p. 113.

48 R. FATTIBENE, *op. cit.*, a p. 9 spiega che «con il ricorso a questa congiunzione, il legislatore costituzionale sembra intendere che l’interesse che ad esso fa seguito nella costruzione del periodo – quello degli uomini di domani – coincide con quello degli elementi del “creato” ad ottenere autonoma tutela, che invece precede: come a dire che l’interesse degli uni è “anche”, per l’appunto, interesse degli altri. Solo se si provvede a preservare quegli elementi, curandone equilibrio e caratteristiche, né è possibile, infatti, la “consegna” alle generazioni future in uno stato d’integrità. Di questa condizione potranno avvantaggiarsi, in una, la “natura” e le persone avvenire, che in essa nasceranno e che vi vivranno immerse». Sulla tutela delle generazioni future già precedentemente alla riforma si vedano le osservazioni, *ex multis*, di P. MAZZINA, *Quali strumenti per tutelare le generazioni future?*, in R. BIFULCO - A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene Editore, Napoli, 2008, pp. 361-375; A. PAPA - G. PALOMBINO, *Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire*, in L. CARPENTIERI (a cura di), *L’abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 239-255. Sulla portata della riforma invece si rimanda a L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2, 2022; C. GIANNACCARI, *Diritti delle generazioni future o doveri delle generazioni presenti? Giustizia e responsabilità sotto la lente del cambiamento climatico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2023; P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi.it*, n.1, 2023 e G. PALOMBINO, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Le Monnier Università, 2022.



In realtà tale riferimento, già presente in molteplici decisioni della Corte costituzionale⁴⁹, si rinviene in alcune disposizioni come l'art. 28 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino⁵⁰, l'art. 3 *quater* del d.lgs. n. 152/2006 e il sesto e ultimo comma dell'art. 81 Cost. che menziona espressamente la sostenibilità del debito, introdotto dalla legge cost. n. 1/2012 al fine di non pregiudicare l'equità intergenerazionale⁵¹. La recente riforma, quindi, associa alla "tutela economica" del 2012, anche quella "ambientale", ponendosi come «parametro di valutazione della legittimità della legge che si manifesta come specificazione e corollario del principio di proporzionalità»⁵².

Parte della dottrina, invero, ritiene presente il riferimento alle generazioni future anche nel termine "popolo" *ex art. 1 Cost.*: secondo questa tesi, «l'esercizio delle prerogative sovrane non potrebbe farsi carico, unicamente, di preoccupazioni legate al presente» perchè «la compromissione dei bisogni delle generazioni venturose finirebbe per contraddire quella stessa

49 Cfr. le sentenze della Corte costituzionale nn. 288/2012, 18/2019, 115/2020 e 234/2020.

50 Anche altri Stati hanno introdotto il riferimento alle future generazioni (analogo al richiamo alla posteriorità presente nel preambolo della Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787) nelle proprie Costituzioni come il Giappone (art. 11 della Costituzione approvata nel 1946), la Germania (art. 20a della Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania introdotto nel 1994), la Norvegia (art. 112) e Lussemburgo (art. 11 *bis.*). In altri ordinamenti, invece, pur non rinvenendosi un riferimento costituzionale, vi è comunque un interesse per le generazioni future. Il Parlamento della Finlandia, ad esempio, ha istituito nel 1993 il *Committee for tue future* ("Comitato per il futuro"), dal 2001-2006 era attiva in Israele una Commissione parlamentare per le generazioni future, e nel 2007 fu istituito dal Parlamento ungherese il "Commissario aggiunto responsabile della protezione degli interessi delle generazioni future".

51 L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, cit., p. 28 asserisce che il principio di sostenibilità del debito pubblico contiene «un richiamo implicito – ma molto potente – alle generazioni future, che dovrebbe essere in grado di razionalizzare le decisioni di bilancio anche a tutela del futuro».

52 L. DELLI PRISCOLI, *Le modifiche alla Costituzione in tema di tutela all'ambiente e alla salute e i limiti alla libertà di iniziativa economica*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2, 2022, p. 629. L'Autore al riguardo richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 24/2022, cit., pronunciata a seguito del giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri avente ad oggetto la legge della Regione Sardegna n. 1/2021 recante «Disposizioni per il riuso, la riqualificazione ed il recupero del patrimonio edilizio esistente ed in materia di governo del territorio. Misure straordinarie urgenti e modifiche alle leggi regionali n. 8 del 2015, n. 23 del 1985, n. 24 del 2016 e n. 16 del 2017». Il Giudice delle leggi, analizzando l'art. 6 della legge della Regione Sardegna n. 8/2004 in tema di paesaggio, pianificazione territoriale regionale e sviluppo sostenibile, secondo cui «il dimensionamento delle volumetrie degli insediamenti turistici ammissibile nelle zone F non deve essere superiore al 50 per cento di quello consentito con l'applicazione dei parametri massimi stabiliti per la suddetta zona dal decreto dell'Assessore degli enti locali, finanze ed urbanistica n. 2266/U del 20 dicembre 1983», stabilisce che tale dimezzamento rappresenti la conseguenza di una «valutazione comparativa di contrapposti interessi, quello generale alla salvaguardia del paesaggio, anche a tutela delle generazioni future, e quello individuale e imprenditoriale allo sviluppo degli insediamenti turistici».



nozione di “popolo” (...) che, solo nella sua pienezza e complessità, farebbe dello stesso il legittimo titolare della sovranità»⁵³. Mediante la congiunzione “anche” si collega esplicitamente la tutela dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi all’interesse della generazione attuale e di quella futura poiché il Legislatore, rifiutando una prospettiva antropocentrica e tentando di far coesistere «politiche parimenti fondate su approcci ispirati a concezioni antropocentriche sia su approcci ispirati (o contaminati) da concezioni ecocentriche»⁵⁴, passa da un rapporto diadico rispetto alla natura ad un rapporto triadico avente ad oggetto il bilanciamento tra la tutela dell’equilibrio generale e gli interessi sia della generazione attuale che di quelle future⁵⁵.

Nonostante tale novella, in seguito alla riforma non viene espressamente positivizzato (come richiesto nel corso di alcune audizioni⁵⁶) il concetto di “sviluppo sostenibile” che, alla luce di queste considerazioni, viene implicitamente introdotto⁵⁷ in chiave ecocentrica⁵⁸. In

53 D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 155 e ss, spec. pp. 163 e ss.

54 M. CECCHETTI, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 310. Si vedano anche le osservazioni di R. FATTIBENE, *op. cit.*, p. 10 e G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 890. In senso contrario F. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 4, che critica l’inciso «alquanto fumoso, anche rispetto a chi? Alle generazioni attuali o all’ambiente stesso? Quali future generazioni? È un’ambiguità che suscita confusione rispetto agli stessi interessi umani e dimostra al contempo un’impostazione marcatamente antropocentrica».

55 R. FATTIBENE, *op. cit.*, p. 11. L’Autrice, al riguardo, afferma che «ritenere che l’“anche” connetta un autonomo interesse delle generazioni future ad un altrettanto autonomo (rispetto ad ambiente, biodiversità ed ecosistemi) interesse della generazione presente appare semplicemente contrario ad una lettura piana e razionale del testo. Una siffatta lettura, infatti, asservirebbe del tutto l’interesse dell’uomo di oggi a quello di domani, così realizzando l’opposto dell’auspicata solidarietà intergenerazionale, per sua natura bidirezionale». (p. 12). Si vedano in merito anche le osservazioni di D. IACOVELLI, *op. cit.*, pp. 220 e ss.

56 Cfr. ad esempio l’audizione del prof. A. Morrone e del prof. D. Porena del 2019 alla I Commissione del Senato. *Contra* R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell’ambiente*, cit., p. 7, secondo cui «opportunamente il legislatore costituzionale ha lasciato cadere i riferimenti al principio dello sviluppo sostenibile (e ad altri possibili principi del diritto ambientale europeo)» poiché «costituzionalizzare tali principi avrebbe esposto la norma costituzionale a un precoce invecchiamento. Prendiamo come esempio lo sviluppo sostenibile. Esso (...) è oggi oggetto di molteplici critiche nella letteratura internazionale del diritto dell’ambiente in ragione del fatto che si è spesso rivelato una clausola vuota, incapace di tradursi in norme concrete e operative. E tuttavia la costituzionalizzazione delle generazioni future recupera implicitamente tutto l’*acquis* legato alla sostenibilità».

57 P. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 93, asserisce che «La riforma pare aver fatto proprie le sfide dello sviluppo sostenibile: pur non avendolo espressamente richiamato in Costituzione, ne ha comunque intercettato l’innegabile collegamento con i doveri di solidarietà di cui all’art. 2, rispondendo al bisogno di fornire nuove coordinate al legislatore». Dello stesso parere anche D. IACOVELLI, *op. cit.*, pp. 240 e ss.

58 R. FATTIBENE, *op. cit.*, p. 12, secondo cui «è la natura (a comprendervi i nuovi oggetti di tutela dell’art. 9 Cost.), a costituire l’ulteriore autonomo valore da garantire nel nuovo intreccio intessuto dalla riforma, rispetto ai due espressi dalla concezione tradizionale della formula».



realtà la dottrina sottolinea come la Corte costituzionale abbia già riconosciuto il collegamento tra i temi dello sviluppo sostenibile e della solidarietà intergenerazionale e della tutela dei beni ambientali⁵⁹ soprattutto con riguardo alle foreste⁶⁰, alla pesca⁶¹, all'uso delle acque⁶² e ai piani paesaggistici⁶³. Anche esprimendosi recentemente riguardo alle fonti energetiche rinnovabili la Corte costituzionale ha sottolineato con la sentenza n. 237/2020 che il sistema di sostegno a tali fonti «è funzionale al raggiungimento di una pluralità di obiettivi, tra i quali la tutela dell'ambiente e la realizzazione di meccanismi di risparmio ed scienza energetica di usi a tutti i livelli, che consentono di conseguire lo sviluppo sostenibile della società con un minore impiego di energia, così soddisfacendo le esigenze delle generazioni attuali senza compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future».

Il comune denominatore di queste decisioni sembra essere, dunque, costituito dall'«equa allocazione di oneri e benefici tra le varie generazioni, considerati in un'ottica intertemporale»⁶⁴. Ciononostante, parte della dottrina ha considerato che, costituzionalizzando l'interesse delle generazioni future, si imporrebbe al Parlamento di proiettare nel medio-lungo periodo le politiche ambientali determinando un nuovo parametro

59 G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui. Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano - 7 ottobre 2021. Il diritto dell'economia*, 2021, p. 173.

60 Ci si riferisce alla già citata decisione n. 21/2021 della Corte costituzionale in tema di abbattimento di cinghiali che ha preservato lo «sviluppo sostenibile» delle foreste.

61 Con la sentenza n. 213/2006 la Corte ha segnalato che è possibile «rilevare una generale promozione della funzione di razionalizzazione del sistema della pesca in ragione dei principi di sviluppo sostenibile e di pesca responsabile, al fine di coniugare le attività economiche di settore con la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi» e con la decisione n. 81/2007 ha nuovamente ribadito che in tema di pesca «è riscontrabile la sussistenza di una generale promozione della funzione di razionalizzazione del sistema ittico in ragione dei principi di sviluppo sostenibile e di pesca responsabile, al fine di coniugare le attività economiche di settore con la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi».

62 Nella sentenza n. 246/2009, cit., il Giudice delle leggi afferma che «attraverso la determinazione della tariffa nell'ambito territoriale ottimale, il legislatore statale ha fissato, infatti, livelli uniformi di tutela dell'ambiente, perché ha inteso perseguire la finalità di garantire la tutela e l'uso, secondo criteri di solidarietà, delle risorse idriche, salvaguardando la vivibilità dell'ambiente e "le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale"».

63 Anche il piano paesaggistico, secondo la Corte, è funzionale allo sviluppo sostenibile poiché costituisce «strumento di ricognizione del territorio oggetto di pianificazione non solo ai fini della salvaguardia e valorizzazione dei beni paesaggistici, ma anche nell'ottica dello sviluppo sostenibile e dell'uso consapevole del suolo, in modo da poter consentire l'individuazione delle misure necessarie per il corretto inserimento, nel contesto paesaggistico, degli interventi di trasformazione del territorio» (sent. nn. 172/2018 e 261/2021).

64 N. M. TRITTO, *I limiti all'iniziativa economica privata e la salvaguardia delle future generazioni alla luce delle recenti modifiche alla Costituzione*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 1, 2022, p. 67.



di legittimità costituzionale secondo cui le scelte normative sarebbero valutabili non solo alla stregua del canone della non manifesta irragionevolezza, bensì anche a quelli dell' idoneità, necessità e proporzionalità⁶⁵.

Questa novella, dunque, lungi dal costituire una semplice ricognizione delle politiche ambientali passate⁶⁶ potrebbe costituire un vincolo per quelle successive come si evince da alcune decisioni⁶⁷, tra cui la sentenza del 24 marzo 2021 del *Bundesverfassungsgericht* tedesco con cui, sulla base dell'art. 20a del *Grundgesetz*, che menziona una clausola di responsabilità nei confronti delle generazioni future⁶⁸, è stata dichiarata illegittima la *Bundes-Klimaschutzgesetz* del 2019, nella parte in cui non osservava l'impegno a conseguire la neutralità climatica entro il 2050 e a ridurre entro il 2030 le emissioni in atmosfera del 55% rispetto ai livelli del 1990.

65 In questa direzione si esprime M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 311. L'Autore a p. 310 sostiene che si «impone ai legislatori (e, più in generale, a tutti gli attori pubblici) il ben più complesso obiettivo di “guardare lontano”, ossia di costruire politiche ambientali che sappiano assicurare una coesistenza (e, forse, oggi addirittura la “sopravvivenza”) di lungo periodo – certamente non limitata alle generazioni presenti – del genere umano all'interno degli ecosistemi e del complesso della biosfera». E. DISALVATORE, *op. cit.*, p. 9 riporta che «si dovrebbe poi concludere che una salvaguardia dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi che passasse attraverso leggi a termine, leggi retroattive o leggi-provvedimento (e che non fosse, dunque, giustificata alla luce dei presupposti individuati da quella dottrina) sarebbe di dubbia legittimità».

66 M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 311.

67 Questa decisione non è unica nel suo genere. Può a tal proposito citarsi il caso Urgenda terminato nel 2019: dopo aver riconosciuto la responsabilità civile dell'Olanda per non aver ridotto a sufficienza le proprie emissioni di gas a effetto serra violando il dovere di diligenza (*duty of care*) nel contrasto al cambiamento climatico, la Corte suprema del governo olandese ha ordinato di ridurre le emissioni di gas serra entro la fine dell'anno successivo. Può altresì essere menzionata la decisione della *Federal Court of Australia* del 27 maggio 2021 resa nel caso *Sharma by her litigation representative Sister Marie Brigit Arthur v Minister for the Environment* con cui è stato sancito un “obbligo di diligenza” nei confronti delle generazioni future a carico dell'autorità governativa poiché l'inoperosità nella gestione delle risorse ambientali rappresenta una minaccia e un'ingiustizia per i posteri. In senso analogo anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso di Duarte Agostinho (n. 39371/20) sollevato da sei giovani portoghesi che nel 2020 proposero un ricorso contro 33 Stati (tra cui l'Italia compresa) accusati di violare gli obblighi sanciti dagli artt. 2 (diritto alla vita), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU per non avere ottemperato agli obblighi assunti con l'Accordo di Parigi del 2015 sul clima di limitare le emissioni inquinanti. La quarta Sezione della Corte di Strasburgo ha attribuito al caso lo status di priorità in virtù «dell'importanza e dell'urgenza delle questioni sollevate», cedendo la giurisdizione alla Grande Camera nel giugno del 2022.

68 L'art. 20a del *Grundgesetz* recita: «Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto».



Non essendo pacifica in dottrina l'esistenza di diritti delle generazioni future⁶⁹, è sembrato più corretto parlare di responsabilità intergenerazionale⁷⁰ e di doveri di solidarietà di quelle presenti verso quelle future⁷¹ al fine «di non attentare all'integrità di alcuni beni costituzionali comuni alle società di oggi e di domani»⁷²: il riferimento all' "interesse" dei posteri, dunque, rappresenta una direttiva utile a garantire un responsabile impiego delle risorse ambientali⁷³.

Si condivide quindi, in questa sede, la tesi dell'autorevole dottrina secondo cui il nuovo inciso, costituendo la concretizzazione in chiave ambientale del principio di solidarietà⁷⁴ con cui viene siglato un patto intergenerazionale a carico della classe politica⁷⁵, attribuisce un carattere innovativo all'art. 9 Cost. che «rende quella [riforma] costituzionale del 2022 non solo

69 M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO - A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, cit., pp. 425 e ss.; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future, Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, FrancoAngeli, Milano, 2008, pp. 42 e ss. e F. GALLARATI, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale alla prova del contenzioso climatico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2023, pp. 166 e ss.

70 R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, cit., p. 15, la definisce come le «possibili forme di tutela giuridica, azionabili dagli uomini appartenenti alla generazione vivente, a favore degli interessi degli uomini ancora non esistenti».

71 Cfr. G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2018, p. 630 secondo cui «la più autorevole dottrina preferisce ragionare secondo la prospettiva del dovere costituzionale posto in capo alla comunità escludendo perentoriamente la possibilità di affermare la sussistenza di diritti in capo alle future generazioni». P. FERRETTI, *La tutela dell'ambiente in Costituzione: tra dovere di solidarietà e prospettive di bilanciamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2023, pp. 36 e ss. parla di «dovere di solidarietà ambientale». Si vedano anche le considerazioni di M. FERRARA, *La forma dell'ambiente. Un percorso tra scelte di politica costituzionale e vincoli discendenti dalla Cedu*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 4, 2022, pp. 856 e ss.; P. LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 89-90; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, cit., p. 425 e A. MOLFETTA, *op. cit.*, pp. 234-235.

72 M. FRANCAVIGLIA, *Populismo, costituzione e decisioni di spesa pubblica: c'è spazio per le future generazioni?*, in G. ALLEGRI - A. STERPA - N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 169 ss., spec. p. 180.

73 F. SANCHINI, *op. cit.*, p. 199.

74 P. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 94.

75 L. DELLI PRISCOLI, *op. cit.*, p. 630. Secondo L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio Aic*, n. 4, 2021, pp. 221 - 222: «l'ingresso esplicito della "tutela delle generazioni future" nella Costituzione italiana non si può considerare come un fatto privo di conseguenze. Se la Corte già aveva nominato nelle sue sentenze le generazioni future – non solo in tema ambientale, peraltro – inserire un richiamo alle stesse all'art. 9 Cost. significa dare un ancoraggio ancora più forte al suo sindacato sul punto».



una “revisione-bilancio”, ma anche una “revisione-programma”⁷⁶, con cui costruire un nuovo contratto sociale per tutelare l’essere umano in tutte le dimensioni⁷⁷.

3. La riforma dell’art. 41 Cost. e le nuove prospettive dell’intervento statale

La riforma ha modificato anche il nucleo centrale della c.d. “Costituzione economica”⁷⁸ ovvero l’art. 41 Cost., al cui secondo comma è stato introdotto il divieto di recare danno alla salute e all’ambiente, ricompreso precedentemente e implicitamente nella clausola generale dell’utilità sociale⁷⁹. È, infatti, elemento acquisito anche «alla giurisprudenza costituzionale che al limite della utilità sociale non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente (art. 3 Cost.) intesi alla tutela dell’ambiente»⁸⁰.

76 M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 309. L’Autore a p. 298 espone i due differenti tipi di revisione: «“revisioni bilancio”, realizzate per dare veste e sanzione formale a trasformazioni del tessuto costituzionale già intervenute e che siano state determinate da fonti normative sub-costituzionali o da fatti costituzionali sostanzialmente derogatori o integrativi, frutto della naturale evoluzione dell’ordinamento e ormai invalsi e non contrastati» e le «“revisioni programma”, effettuate allo scopo di fondare un superamento o comunque un’evoluzione in chiave prospettica dell’attuale disciplina che si ritenga non più adeguata o della quale si intendano colmare eventuali lacune». Si vedano in proposito anche le osservazioni di M. FERRARA, *op. cit.*, pp. 866 e ss.

77 A. MORRONE, *L’«ambiente» nella Costituzione Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela ambientale. Atti del Convegno 28 gennaio 2022*, cit., p. 121.

78 Tra i più recenti contributi al riguardo, *ex multis*, E. DE MARCO, “Costituzione economica” e integrazione sovranazionale, in *Federalismi.it*, n. 5, 2019, pp. 89 e ss.; P. BILANCIA, *L’effettività della Costituzione economica nel contesto dell’integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2019, pp. 7 e ss.

79 In tema si vedano, tra gli altri, M. BENVENUTI, *La revisione dell’articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2023; E. JONA, *La libertà di iniziativa economica e la protezione dell’ambiente e della salute*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2023, p. 105; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it – Paper*, 23 giugno 2021; D. GRIFONI, *Il concetto di “utilità ambientale” nell’art. 41 Cost.*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3, 2022; M. RAMAJOLI, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell’ambiente nel nuovo art. 41 della Costituzione*, in *La riforma costituzionale in materia ambientale. Atti del Convegno 28 gennaio 2022*, cit., pp. 172-173. Einaudi, a proposito dell’utilità sociale, la definì in Assemblea costituente «pericolosamente generica, troppo ampia, inconoscibile, indeterminata e indeterminabile». Cfr. intervento di L. Einaudi nella seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 39337-38.

80 Corte costituzionale sent. n. 190/2001. Sono molteplici le pronunce con cui la Consulta si è espressa in merito. Già con l’ordinanza n. 184/1983, infatti, la Corte asserì che «non può ritenersi in contrasto con il principio della libertà di iniziativa economica l’obbligo dell’imprenditore di osservare la disciplina amministrativa e penale che trova fondamento nella tutela di beni rilevanti costituzionalmente, quale la protezione dell’ambiente». Allo stesso modo, con la sentenza n. 127/1990 la Consulta stabilì che «il limite massimo di emissione inquinante (...) non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell’ambiente in cui l’uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all’art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama». Anche più recentemente con la sentenza n. 151/2018 il Giudice costituzionale ha ribadito che è pacifico ricomprendere nella nozione di utilità sociale la tutela dell’ambiente».



Al riguardo la Corte costituzionale pronunciandosi sul cd. caso Ilva⁸¹, in cui erano coinvolti il diritto al lavoro, alla salute e la libertà di iniziativa economica del privato, con la sentenza n. 85/2013 ha espresso un principio chiaro: nessun diritto può comportare la sospensione di un altro diritto o di una libertà altrimenti «diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette». Secondo la Corte, infatti, «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», motivo per cui risolse il conflitto tra diritti parlando di «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.)»⁸².

Con la riforma dell’art. 41 Cost., in cui l’ambiente acquisisce un carattere programmatico⁸³ costituzionalizzando il principio di non arrecare danno significativo, la questione ambientale si concretizza orientando le decisioni delle imprese e della produzione: l’economia verde diviene strumento imprescindibile per realizzare una crescita economica sostenibile⁸⁴. L’ambiente, dunque, non si configura solo come un limite negativo esterno all’iniziativa economica privata, ma anche come una variabile interna (e presupposta) alle stesse prospettive di sviluppo⁸⁵.

Alla luce di quanto finora esposto è logico asserire che la modifica dell’art. 41 Cost. ha mostrato «la sempre più profonda relazione sussistente tra ambiente e mercato»⁸⁶ poiché il

81 Il caso risale al 2012, quando la Procura della Repubblica di Taranto stabilì la chiusura del polo siderurgico e l’arresto dei suoi dirigenti, a causa delle gravissime violazioni ambientali che portarono alla morte di centinaia di persone.

82 Con la sentenza n. 85/2013 è stato messo in evidenza «in via generale, la combinazione tra un atto amministrativo (AIA) e una previsione legislativa (art. 1 del d.l. n. 207 del 2012) determina le condizioni e i limiti della liceità della prosecuzione di un’attività produttiva per un tempo definito, in tutti i casi in cui uno stabilimento – dichiarato, nei modi previsti dalla legge, di interesse strategico nazionale – abbia procurato inquinamento dell’ambiente, al punto da provocare l’intervento cautelare dell’autorità giudiziaria. La normativa censurata non prevede, infatti, la continuazione pura e semplice dell’attività, alle medesime condizioni che avevano reso necessario l’intervento repressivo dell’autorità giudiziaria, ma impone nuove condizioni, la cui osservanza deve essere continuamente controllata, con tutte le conseguenze giuridiche previste in generale dalle leggi vigenti per i comportamenti illecitamente lesivi della salute e dell’ambiente. Essa è pertanto ispirata alla finalità di attuare un non irragionevole bilanciamento tra i principi della tutela della salute e dell’occupazione, e non al totale annientamento del primo». Anche nella sentenza 58/2018 la Corte costituzionale ribadisce la necessità di «un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco».

83 M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 70.

84 V. DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 8-9. Nello stesso senso anche S. GRASSI, *op. cit.*, pp. 29-30.

85 A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, n. 2, 2020, pp. 41-42.

86 F. SANCHINI, *op. cit.*, p. 203. La relazione al disegno di legge costituzionale sottolinea come, premettendo questi ulteriori due limiti a quelli, già vigenti, della sicurezza, della libertà e della dignità



compito di tutelare l'ambiente non deve essere demandato al giudice, bensì ai legislatori e alle pubbliche amministrazioni⁸⁷. Non a caso nel terzo comma dell'art. 41 Cost. la l. n. 1/2022 ha aggiunto l'espressione «*e ambientali*» rispetto ai già sanciti «*fini sociali*» cui indirizzare e coordinare l'attività economica mediante i programmi e i controlli opportuni che la legge determina: «le due categorie di finalità, dunque, non si presentano scisse l'una dall'altra» e infatti «il compito intestato al legislatore è di perseguirle insieme, necessariamente armonizzando le une con le altre e viceversa»⁸⁸. Tale norma fornisce un orientamento per cui le attività economiche devono considerare le esigenze ecologiche riconoscendo all'ambiente una potenzialità per lo sviluppo⁸⁹.

Al contempo mediante la costituzionalizzazione dei fini ambientali, giudicata da parte della dottrina «una vera e propria rivoluzione destinata a modificare la Costituzione economica del nostro Paese»⁹⁰, si richiede un nuovo intervento dello Stato nell'indirizzo e coordinamento dell'attività economica⁹¹ finalizzato all'introduzione di politiche di economia circolare,

umana, si è inteso «dare sostanza al nuovo dettato dell'articolo 9, elevando al rango costituzionale principi già previsti dalle norme ordinarie e affiancando altresì la salute all'ambiente per la stretta correlazione tra i due aspetti». Così *Dossier n. 405/3 del 7 febbraio 2022 del Servizio Studi delle Camere "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente"*, cit., pp. 11-12.

87 R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 7, 2022, p. 60, secondo cui «si è resa palese non tanto l'esigenza di introdurre un mero riferimento esplicito alla tutela dell'ambiente in Costituzione, quanto di inserire, sul piano costituzionale, «un chiarimento sull'interpretazione che il nostro ordinamento è in grado di dare ai principi che, nel diritto internazionale e nel diritto europeo, si sono affermati per la tutela dell'ambiente. Un intervento configuratosi quindi come l'anello tecnico-giuridico mancante e fondamentale tra le fonti sovranazionali, in primis il Trattato di Lisbona, e le fonti interne, in grado di dare coerenza all'ordinamento giuridico italiano, fornendo, soprattutto, un chiaro riferimento sia al Parlamento che alla giurisprudenza costituzionale e di merito».

88 M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 147. L'Autore prosegue affermando che «i fini ambientali non possono costituire un obiettivo autonomo, ma debbono essere realizzati congiuntamente ai fini sociali, assicurando che la transizione ecologica verso cui deve essere indirizzato lo sviluppo dell'economia proceda di pari passo con lo sviluppo sociale e con una specifica attenzione alle esigenze di giustizia, di equità nell'allocazione dei costi e di eguaglianza sostanziale». Dello stesso parere anche F. SANCHINI, *op. cit.*, p. 203, secondo cui «non appare casuale nemmeno la collocazione dell'espressione 'e ambientali' subito dopo il riferimento ai fini sociali, quasi a sottolineare che non vi potrà essere alcuna scelta di indirizzo dell'attività economica da parte dei pubblici poteri giustificata da ragioni di tutela dell'ambiente che prescindano da una contestuale valutazione delle ricadute sociali delle misure da intraprendersi».

89 G. SANTINI, *op. cit.*, p. 471.

90 F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, n. 4, 2021, p. 795.

91 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 *Aperta Contrada*, 2022, p. 11 «La tutela dell'ambiente si pone, da questo punto di vista, come causa fondante della riespansione del ruolo statale



modello economico sostenuto in ambito europeo⁹², secondo cui «i materiali e l'energia utilizzati per fabbricare i prodotti mantengono il loro valore il più a lungo possibile, i rifiuti sono ridotti al minimo e si utilizzano quante meno risorse possibili»⁹³. Tale articolo, infatti, secondo la dottrina, costituisce la risultante delle tre definizioni di economia ovvero la *red* (o *brown*) *economy*, la *green economy* e la *blue economy* presenti rispettivamente nel primo, secondo e terzo comma⁹⁴.

nell'economia, diventa il fondamento di una stagione di 'rinnovato protagonismo dei poteri pubblici' e prefigura il ritorno della politica industriale nel nostro Paese»; ID, *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 *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno 28 gennaio 2022*, cit., pp. 63 e ss. Si vedano, in merito, le riflessioni di S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, V ed., Laterza, Bari, 2012; F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, cit., pp. 54 e ss.; S. GRASSI, *op. cit.*, pp. 30 e ss.; M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 70 e ss.; V. DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 31 e ss.; A. MOLITERNI, *op. cit.*; ID, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 2, 2022. M. MILANESI, *Il ritorno dello Stato programmatore: transizione ecologica, riforma dell'art. 41 cost. e nuovi modelli d'intervento pubblico. Con una nota sul ruolo di Banca d'Italia*, in *AmbienteDiritto*, n. 3, 2023, pp. 7 e ss., afferma che «nella modifica dell'art. 41, co. 3 Cost. si può cogliere un rinvio al nuovo corso del diritto europeo» (p. 9). L. CASSETTI, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione: modello economico e tutela dell'ambiente*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno 28 gennaio 2022*, cit., pp. 150 e ss. e M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 176 e ss. ricordano forme di intervento pubblico realizzate ex art. 41 Cost. per sostenere imprese strategiche per l'interesse economico nazionale (come nel caso del salvataggio di Alitalia).

92 Secondo 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*, cit., p. 14 «Il nuovo art. 41 Cost. sembra peraltro andare nella stessa direzione di quanto prefigura in Europa il *Green Deal* e si pone come un'anticipazione di quello che potrebbe avvenire in Europa in cui l'architettura della costituzione economica, che bilancia gli interessi ambientali con altre istanze, come il progresso sociale e la piena occupazione, inizia ad essere messa in crisi prefigurando una primazia ecologia che viene a porre problemi di convivenza con il principio di sviluppo sostenibile e a postulare una più forte integrazione della tutela ambientale con gli altri obiettivi dell'azione politica dell'Unione». Si vedano in proposito anche le osservazioni di D. IACOVELLI, *op. cit.*, pp. 249 e ss.

93 F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 168, secondo cui «Il concetto cui essa si ispira è quello per cui i modelli economici (...) devono seguire i suggerimenti che provengono dagli ecosistemi naturali in cui tutto si riutilizza e nulla si perde: l'economia dovrebbe mimare e imitare la natura (biomimesi) e, come questa, riconoscere l'esistenza di limiti invalicabili che impongono il continuo riutilizzo dei beni». G. SANTINI, *op. cit.*, p. 473, afferma: «la riflessione su reimpiego, rigenerazione e ripristino delle risorse, e la valorizzazione, a tal fine, del fattore lavoro, si riassume nel principio per cui il vecchio paradigma "dalla culla alla tomba" dovrebbe essere superato in favore di quello "dalla culla alla culla"»

94 F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, cit., p. 65 definisce la *red economy* «l'economia tradizionale che prende a prestito dalla natura, dall'umanità e dai beni comuni senza preoccuparsi di come ripagare il debito se non consegnandolo al futuro, e in cui i rifiuti sono considerati delle *res derelictae*, che contraddistingueva i nostri ordinamenti prima che la tutela dell'ambiente assumesse giuridica rilevanza», la *green economy* «quella che richiede alle imprese di investire di più e



La nuova formulazione dell'art. 41 Cost. quindi disciplina una libertà di iniziativa economica da esercitare in un sistema economico contrassegnato «dalla tensione verso un profitto, una crescita dimensionale e un'innovazione sostenibile che guidi il mondo imprenditoriale (...) verso una forma di capitalismo "illuminato"»⁹⁵ poiché il terzo comma dell'articolo *de quo* prevede che la programmazione pubblica dovrà comprendere congiungere inscindibilmente sviluppo sociale, economia e ambiente⁹⁶ considerando che l'interesse delle future generazioni «potrà riverberarsi in più immediate limitazioni alle libertà di iniziativa economica privata»⁹⁷.

4. Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto esposto e non essendo possibile prevedere con certezza le conseguenze dell'applicazione di questa legge costituzionale, cui si attribuisce un «valore performativo-trasformativo» della Costituzione⁹⁸, pur avendo il Legislatore accolto un bisogno materiale della società⁹⁹, a parere di chi scrive sarà solo l'intervento del Parlamento, che dovrà implementare normativamente l'art. 9 Cost.¹⁰⁰ recependo efficacemente quanto disposto costituzionalmente, a imprimere un decisivo e reale cambiamento. L'art. 9 Cost., difatti, si configura come una disposizione che contiene principi, il cui dovere di tutela ambientale dovrà essere concretamente attuato da politiche pubbliche che potranno imporre, per esempio, obblighi di astensione da interventi dannosi per l'ambiente di prevenzione e precauzione¹⁰¹. Da quanto concretamente, dunque, la tutela dell'ambiente diventerà un principio ispiratore

ai consumatori di spendere di più per preservare l'ambiente e che quindi guarda alla tutela dell'ambiente come ad un "costo", certamente nobile, ma pur sempre un costo per le imprese e, quindi, un aggravio e un peso per l'economia» e la *blue economy* «quella dell'economia circolare, che "affronta le problematiche della sostenibilità al di là della semplice conservazione e il cui scopo non è semplicemente quello di investire di più nella tutela dell'ambiente ma invece quello di spingersi verso la rigenerazione"». Sulla *green economy* si vedano anche le considerazioni di A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, cit., pp. 35 e ss.

95 F. MAFFEZZONI, *op. cit.*, p. 66.

96 M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 148. *Contra* L. CASSETTI, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione: modello economico e tutela dell'ambiente*, cit., pp. 156 e ss.

97 L. DELLI PRISCOLI, *op. cit.*, p. 634. Si vedano in proposito anche le osservazioni di M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 178 e ss.

98 A. MORRONE, *op. cit.*, pp. 95 e ss.

99 M. C. CARBONE, *op. cit.*, p. 17. A. MOLFETTA, *op. cit.*, p. 225 ritiene che «è proprio in questo valico – che vede su un versante l'opportunità di adattare la Carta alle sfide poste dal presente e dall'avvenire, sull'altro il divieto di sovvertire le fondamenta della Costituzione repubblicana – che si inserisce la recente riforma degli articoli 9 e 41 Cost.».

100 M. FERRARA, *op. cit.*, p. 873. Nello stesso senso anche P. FERRETTI, *op. cit.*, p. 48.

101 R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, cit., pp. 5 e ss.



dei nuovi interventi legislativi dipenderà l'efficacia della novellata disposizione costituzionale¹⁰². La riforma ha infatti conferito il compito alla Repubblica di realizzare politiche ambientali in un'ottica intergenerazionale senza però intervenire con precisazioni che probabilmente avrebbero conformato maggiormente la discrezionalità degli attori politici. Sembra quindi necessario attendere l'adozione di norme legislative effettivamente attuative della riforma che confermino che essa non sia una mera riedizione dell'esperienza giuridica¹⁰³ dovuta solamente alla ricezione di fattori esterni¹⁰⁴.

Ruolo rilevante rivestiranno anche le prime decisioni della Corte costituzionale¹⁰⁵, chiamata a interpretare le nuove disposizioni, poiché «le scelte dei legislatori e degli amministratori potranno risultare giuridicamente sindacabili dai giudici solo sulla base di adeguati parametri normativi posti a presidio della validità dei loro atti, residuando altrimenti (...) il semplice scrutinio sulla non manifesta irragionevolezza»¹⁰⁶.

Per quanto concerne invece l'art. 41 Cost., è possibile definire tale riforma una «“riforma programma” di carattere storico»¹⁰⁷. Considerato, infatti, il protagonismo dei poteri pubblici, la revisione costituzionale ha comportato una rinascita del terzo comma dell'art. 41 Cost., che ne rappresenta il *valore aggiunto*¹⁰⁸: i limiti e i fini introdotti nella disposizione *de qua* sono collegati alla costituzionalizzazione dell'ambiente nell'art. 9 Cost. e quindi tra le radici della Repubblica¹⁰⁹. Essi consentono di definire il riformato art. 41 Cost. come un chiaro *input* per

102 A. MERLIN, *Rapido sguardo d'insieme sulla legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 in tema di modifiche agli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in *Acque Sotterranee. Italian Journal of Groundwater*, AS41, 579, 2022, p. 64.

103 M. C. CARBONE, *op. cit.*, p. 22.

104 M. FERRARA, *op. cit.*, p. 873.

105 F. GALLARATI, *L'ambiente sì, ma dove? Il problema della collocazione delle disposizioni ambientali nelle costituzioni europee*, in *DPCE online*, vol. 58, n. 2, 2023, p. 702.

106 M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 150, il quale sottolinea come la riforma in esame presenti «i tratti dell'“occasione mancata” e delle esigenze ancora da soddisfare». Si veda anche G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 185.

107 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*, cit., p. 67.

108 Su questi aspetti si veda 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*, cit., pp. 63 e ss. *Contra* L. CASSETTI, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione: modello economico e tutela dell'ambiente*, cit., pp. 156 e ss.

109 A. MORRONE, *op. cit.*, p. 110 - 111. L'Autore avanza anche l'ipotesi che la novella costituzionale introduca una «gerarchia interna all'art. 41 Cost.», che si riflette anche esternamente. *Contra* L. CASSETTI, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione: modello economico e tutela dell'ambiente*, cit., pp. 155-156 e M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 172 e ss.



una rivoluzione verde¹¹⁰: la rilevanza dell'ambiente, infatti, è suscettibile di promuovere un equilibrio ottimale «tra libertà economiche ed utilità sociale, laddove il sintagma “utilità sociale/ambientale” può (...) definire un'opportunità»¹¹¹, come emerge anche dalle politiche nazionali ed europee¹¹² di *blue economy*¹¹³ in cui l'ambiente si configura come un *driver* dello sviluppo economico¹¹⁴. Un fattore determinante nella riforma sembra essere, infatti, rappresentato dalla forte influenza derivante dal diritto europeo in materia di ambiente, motivo per cui l'inserimento di quest'ultimo nei primi dodici articoli della Costituzione

110 D. GRIFONI, *op. cit.*, p. 4, ritiene che essa «avrebbe, però, trovato una sufficiente base giuridica – seppur dai toni più sommessi – anche nella precedente formulazione della norma costituzionale, senza necessità di ipotizzare un inasprimento delle limitazioni ambientaliste». Si vedano anche L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 6 e F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Claudio Rossano*, Jovene, 2013, oggi reperibile al link https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0339_zatti.pdf, secondo cui «la riforma dell'art. 41 Cost. non sia necessaria ai fini di un allineamento con il principio di tutela della concorrenza e della libertà di impresa nei termini previsti dall'ordinamento comunitario».

111 D. GRIFONI, *op. cit.*, pp. 12-13.

112 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*, cit., pp. 66 e ss.

113 Si tratta di un modello di economia volto alla creazione di un sistema economico circolare e sostenibile che non pregiudichi l'ambiente osservando e “imitando” gli ecosistemi naturali e quindi basato sul riutilizzo e riciclaggio di beni. Tale modello economico è stato spesso oggetto di attenzione da parte dell'Unione Europea. Si pensi, ad esempio, alla Comunicazione della Commissione europea “Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti” del 2014, alla Comunicazione “L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare” del 2015, al “Pacchetto economia circolare: nuovi obiettivi di riciclaggio dell'UE” del 2018, al *Green Deal* del 2019, al “Piano d'Azione per l'Economia circolare” della Commissione del 2020 nonché alle iniziative “*Next Generation EU*” e al Piano nazionale di ripresa e resilienza. A tal proposito si vedano, tra gli altri, F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, cit., pp. 163 ss.; ID, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, cit.; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2018; M. MELI, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017; M. T. STILE, *Da economia lineare a economia circolare: la strategia dell'Unione europea e l'anello mancante*, in *Riv. giur. ambiente*, 2015. D. IACOVELLI, *op. cit.*, pp. 247 e ss. ritiene che «Sebbene tale modello [la *blue economy*] non sia espressamente prescritto dal combinato di norme costituzionali, a seguito della riforma, ne rappresenta per molti aspetti un corollario, quale sistema in grado di assicurare, tra l'altro, un'economia zero waste, la responsabilizzazione del produttore, secondo schemi diversi a seconda degli ordinamenti nazionali, la razionalizzazione dello sfruttamento delle risorse, anche a salvaguardia delle future generazioni, in linea con la politica e le strategie di azione europea sull'ambiente e con gli obiettivi fissati dalle direttive emanate in settori specifici».

114 F. DE LEONARDIS, *Ambiente e Costituzione economica*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, pp. 4-5.



potrebbe configurarsi sia come un nuovo controlimite¹¹⁵ sia come «una forma di costituzionalizzazione del diritto internazionale, che apre spazi di interazione tra i diversi livelli ordinamentali»¹¹⁶. L'obiettivo della novella costituzionale pare, dunque, quello di uniformarsi non solo agli obblighi internazionali (come l'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile¹¹⁷), al rispetto delle norme europee (quali l'art. 3 Trattato UE, gli artt. 11 e 191 del TFUE e l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), alla promozione della *blue economy* e del c.d. *Green Deal* europeo¹¹⁸, ma anche a favorire politiche di sviluppo e di innovazione previste nell'ambito del *Next Generation EU* e del P.N.R.R., la cui Missione 2 è destinata a «Rivoluzione verde e transizione ecologica» e indica le principali linee di intervento in ambito ambientale e di transizione verde¹¹⁹.

115 F. SANCHINI, *op. cit.*, p. 211. A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, in *Nomos- Le attualità del diritto*, n. 3, 2022, a p. 5 asserisce che la revisione costituzionale ha comportato «il rafforzamento dell'interpretazione sistematica, la possibilità di integrare con maggior solidità il parametro di legittimità costituzionale delle leggi, il peso “rinforzato” dei valori (ambientali) nel bilanciamento costituzionale, la configurazione di un (nuovo) “controlimite” rispetto al diritto di derivazione sovranazionale ed internazionale, la stessa acquisizione di una maggiore certezza del diritto (che un riconoscimento in via esclusivamente giurisprudenziale non determina)».

116 R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, *cit.*, pp. 3-4. I. RIVERA, *Le tonalità dell'ambiente e le generazioni future nel cammino di riforma della Costituzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2022, p.228, sottolinea «la finalità migliorativa della legge costituzionale che intende rispondere efficacemente alle numerose sollecitazioni di matrice internazionale (es. Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile) ed europeo e che vuole, altresì, tradurre concretamente l'impegno di implementare ogni azione necessaria per convertire l'attività umana ad un'ottica di sostenibilità». Si vedano anche le osservazioni di M. FERRARA, *op. cit.*, pp. 872 e ss. e di S. GRASSI, *op. cit.*, p. 42.

117 Tale programma d'azione, sottoscritto il 25 settembre 2015, è costituito da c.d. SDGs, ovvero *Sustainable Development Goals*, 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile da raggiungere in ambito ambientale, economico, sociale e istituzionale entro il 2030, tra cui quelli del “Consumo e la produzione responsabili” (*Goal 12*) e della “Lotta al cambiamento climatico” (*Goal 13*).

118 Il *Green Deal* prevede un serie di iniziative politiche proposte dalla Commissione europea con l'obiettivo generale di raggiungere la neutralità climatica in Europa entro il 2050. Si segnala che anche la Corte di giustizia ha ritenuto la tutela ambientale una «esigenza imperativa». Cfr. Corte Giust. CE, 20 febbraio 1979, in causa C-120/78, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*; Corte giust. CE, 7 febbraio 1985, in causa C-240/83, *Procureur de la République contro Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*; Corte giust. CE, 20 settembre 1988, in causa C-302/86, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Danimarca*. Per quanto concerne il rapporto tra *Green Deal* europeo e la *blue economy* si veda la COM (2021) 240 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni su un nuovo approccio per un'economia blu sostenibile nell'UE.

119 *Contra* L. CASSETTI, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione: modello economico e tutela dell'ambiente*, *cit.*, pp. 146 e ss., secondo cui «dal dibattito sulla revisione in questione sembra emergere l'esigenza di mostrare all'Europa che la gestione in ambito nazionale dei fondi del piano *Next Generation EU*,



La nuova formulazione dell'art. 41 Cost. acquista maggiore rilievo, altresì, se si valorizzano i diversi e molteplici destinatari dei due commi: nel secondo i due limiti introdotti hanno una efficacia orizzontale, differentemente dai fini ambientali che presentano una «efficacia diretta verticale, esigibile nei confronti del legislatore e dei titolari delle funzioni di governo»¹²⁰. Se da un lato, dunque, i privati, anche in virtù dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale *ex art. 2 Cost.*, divengono protagonisti «nel sistema complessivo dei rapporti economici, concorrendo alla realizzazione dei fini ambientali fatti propri dall'ordinamento giuridico»¹²¹, dall'altro si rendono necessari attualmente «atti di indirizzo politico (...) capaci di imporre i doveri di solidarietà che sono indispensabili per rispettare i principi che esprimono i valori costituzionali dell'ambiente»¹²².

In quest'ottica si inserisce il P.N.R.R., strumento con cui l'Italia, delineando gli obiettivi e le riforme che intende realizzare attraverso i fondi della *Next generation Eu*, intende non solo attenuare l'impatto economico e sociale della crisi provocata dal Covid-19, ma anche effettuare investimenti, tra l'altro, per l'economia circolare, l'utilizzo di fonti di energia rinnovabili, la gestione dei rifiuti al fine di perseguire gli obiettivi di neutralità climatica e di lotta al *climate change* previsti altresì nell'*European Green Deal*.

È evidente che il raggiungimento di questi scopi adesso è divenuto ancora più imperativo e doveroso in seguito alla revisione costituzionale che ha fissato in maniera ancora più pregnante il compito del Parlamento di perseguire gli obiettivi di tutela ambientale e di neutralità climatica con normative i cui fondamenti giuridici si rinvergono nei riformati artt. 9 e 41 Cost¹²³: la Costituzione italiana, quindi, pur non contenendo un riferimento esplicito allo sviluppo sostenibile a seguito di questa riforma, considera sostenibile un sistema economico e

elaborato per reagire ai costi elevati e ai danni economici e sociali della pandemia, si impiegherà attorno alla consapevolezza della assoluta priorità delle questioni ambientali, consapevolezza che sembrerebbe aver bisogno del "sugello" formale di siffatto impegno delle istituzioni italiane mediante un aggiornamento – persino – di norme costituzionali recanti principi». In merito al PNRR al fine di accedere finanziamenti del *Recovery and Resilience Facility* bisogna rispettare il principio *Do No Significant Harm*, secondo cui gli interventi previsti dal Piano non devono pregiudicare significativamente l'ambiente. Il Piano ha determinato nel Paese numerosi adeguamenti istituzionali: per esempio il CIPE dal 1° gennaio 2021 è stato denominato CIPESS (Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile). Attraverso il d. l. n. 22/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 55/2021 sono stati istituiti, altresì, il "Ministero della Transizione Ecologica" (le cui funzioni comprendono, tra le altre, la tutela della biodiversità, degli ecosistemi e del patrimonio marino-costiero) e il CITE (Comitato interministeriale per la transizione ecologica), che approva il c.d. Piano per la transizione ecologica.

120 A. MORRONE, *op. cit.*, p. 111.

121 M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 180- 181.

122 S. GRASSI, *op. cit.*, p. 32.

123 P. FERRETTI, *op. cit.*, p. 48.



industriale rispettoso e coerente con la tutela della salute e dell'ambiente ovvero un sistema in cui l'economia è funzionalizzata alla sostenibilità ambientale¹²⁴.

124 A. MORRONE, *op. cit.*, p. 113. D. GRIFONI, *op. cit.*, p. 18 ritiene, infatti, che «la novella costituzionale del 2022 non sembra voler stravolgere l'immutabile (ma elastico e lungimirante) impianto costituzionale, quanto porre una logica di indirizzo e promozione verso forme di equilibrio tra ambiente ed impresa che si rivelino più idonee allo sviluppo sostenibile della moderna società economica, secondo una prospettiva evolutiva di – ancora oggi – utilità sociale».



CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA POTESTÀ LEGISLATIVA REGIONALE IN MATERIA DI ENERGIA NELLA COSTITUZIONE

Contribution to the study of regional legislative power on energy in the Constitution

Francesco Bocchini*

ABSTRACT (IT.) Il lavoro si propone di analizzare l'evoluzione della potestà legislativa regionale in materia di energia, partendo dal raffronto della storia dell'energia con la storia della disciplina costituzionale. L'analisi tende anzitutto a valorizzare maggiormente le sentenze della Corte costituzionale favorevoli ad una maggiore autonomia legislativa regionale. Il lavoro si propone, poi, di trarre spunto dalla stessa natura materiale delle fonti di energia, nella sua evoluzione storica, per dimostrare che mentre le fonti di energia del carbone e del petrolio sono intrinsecamente nazionali perché importate dall'estero, le fonti di energia rinnovabili sono intrinsecamente locali e, quindi, regionali. A tale stregua si propone una chiave di lettura del testo costituzionale che valorizzi maggiormente la potestà legislativa regionale in materia di energia.

PAROLE CHIAVI: Potestà legislativa regionale in materia di energia. Principi costituzionali in materia di autonomie locali. Unione europea ed energie rinnovabili. Corte Costituzionale.

ABSTRACT (ENG.) *The work aims to analyze the evolution of regional legislative power in the field of energy, starting from the comparison of the history of energy with the history of constitutional discipline. First of all, the analysis seeks to make greater use of the Constitutional Court's judgments in favour of greater regional legislative autonomy. The work then aims to draw inspiration from the same material nature of energy sources, in its historical evolution, to demonstrate that while coal and oil energy sources are intrinsically national because imported from abroad, renewable energy sources are inherently local and therefore regional. In this way, a key to reading the constitutional text is proposed, which would make greater use of regional legislative power in the field of energy.*

KEYWORDS: *Regional legislative power in the field of energy. Constitutional principles on local self-government. European Union and renewable energy. Constitutional Court.*

SOMMARIO: 1. Presentazione. - 2. - La storia dell'energia come "moneta universale". - 3. La storia della potestà legislativa in materia di energia: a) la potestà legislativa nello Statuto albertino. - 4. *Segue:* b) la potestà legislativa nella Costituzione repubblicana. - 5. *Segue:* c) la potestà legislativa nella riforma costituzionale del 2001: le motivazioni della interpretazione



regionalista dell'art. 117 Cost. - 6. Spunti della giurisprudenza costituzionale favorevoli ad un maggiore spazio della potestà legislativa regionale. - 7. Le ragioni sostanziali della evoluzione della interpretazione della disciplina alla luce della storia reale dell'energia. - 8. Conclusioni.

1. Presentazione.

La potestà legislativa concorrente delle regioni in materia di energia stenta ad affermarsi nella giurisprudenza della Corte costituzionale sia perché si ritiene¹ la materia dell'energia "intrinsecamente nazionale", sia perché essa, molto spesso, concorre con materie, come l'ambiente, che sono di competenza legislativa esclusiva dello Stato, sia perché la Consulta ha fatto continuo ricorso nella medesima materia al principio di sussidiarietà ascendente². Ciò nonostante, la Consulta³, nei giudizi aventi ad oggetto la materia dell'energia nucleare⁴, ha ritenuto prevalente la materia dell'energia nei confronti della materia dell'ambiente, riconoscendo, così, almeno in astratto, uno spazio prevalente alla potestà legislativa regionale⁵.

1 A. D'ATENA, *Diritto regionale*⁵, Torino, 2022, 144 il quale osserva che lo spostamento della materia «dalla competenza statale esclusiva alla competenza concorrente» sia il frutto di un autentico errore materiale, dovuto non tanto ad una consapevole decisione politica maturata in sede parlamentare, quanto «all'impiego non sorvegliato dei comandi "taglia" e incolla" del programma di videoscrittura usato».

2 M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

3 Corte costituzionale del 27 luglio 2010, n. 278.

4 R. BIFULCO, *L'energia nucleare tra lotta al riscaldamento climatico e responsabilità intergenerazionale*, in *Astrid Rass.*, 9-2010. 1 ss.; L. AMMANATI-M. DE FOCATIIS, *Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d.lgs. 31/2010*, in *www.astrid-online.it*; D. AMIRANTE, *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006; R. ARANGIO RUIZ, *Energia nucleare*, in *Noviss. Dig.*, vol VI, Torino, 1960, 533 ss.; P. LONGO e M.T. SPAGNOLETTI-ZEULI, *Energia nucleare*, in *Noviss. Dig., App.*, vol. III, Torino, 1968, 352 ss.; Q. CAMERLENGO, *Energia nucleare*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol. I agg., Torino, 2000, 249 ss.; G. MANFREDI, *La Corte costituzionale, i rifiuti radioattivi e la sindrome nimby*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 543 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nucleare come fattore di innovazione istituzionale*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *Annuario di Diritto dell'energia*, 2011, *Il diritto dell'energia nucleare*, Bologna, 2011, 307 ss.; H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, 1979,, trad.it. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1993; K. SHRADER FRECHETTE- L PERSSON, *Ethical Problems in Radiation Protection*, Stockholm, Swedish Radiation Protection Institute, 2001; V. per i profili di diritto internazional, E. BROWN WEISS, *In Fairness to Future Generations. International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, The United Nations University, Tokio, 1989; P. REYNERS, *Le droit nucléaire confronté au droit de l'environnement: autonomie ou complémentarité?*, in *Rev. québécoise de droit international (hors-série)*, 2007, 49 ss.

5 A. CARIOLA, *Lo statuto siciliano alla prova di un regionalismo in divenire (settembre 2017)*, in *www.issirfa.cnr.it*, 29 settembre 2017, p. 6 il quale ha efficacemente osservato che alle regioni non serve tanto aggiungere nuove competenze materiali a quelle esistenti, ma stabilire "titoli di partecipazione della regione alle decisioni che le coinvolgono e, quindi, prevedere la necessità che le regioni raggiungano intese c.d. "forti" con lo Stato, sino a coordinare le reciproche attività".



Il lavoro, partendo dal raffronto della storia dell'energia⁶ nella realtà sociale con la storia della normativa costituzionale, si propone di analizzare, in tale contesto, l'evoluzione della potestà legislativa in materia di energia⁷. Viene, allora, in rilievo l'opinione dottrina⁸ secondo la quale la potestà legislativa concorrente in materia di energia dovrebbe consentire alle regioni di avere uno spazio, quanto meno in materia di energie totalmente o parzialmente rinnovabili⁹,

6 G. LANDI, voce *Energia elettrica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1975, 875 ss.; G. ARANGIO RUIZ, voce *Energia*, in *Noviss. dig.*, vol. XI, Torino, 1975, 529 ss.; R. ALBANO, voce *Energia elettrica: profili generali*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XII, Roma, 1990, 875 ss.; M. MARLETTA, voce *Energia (diritto dell'Unione europea)* in *Enc. dir.*, Annali, vol. VIII, Milano, 2015, 393 ss.

7 Sempre attuale è l'insegnamento di A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI, (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2006, 4 ss. L'A. osserva in modo illuminante che il metodo interpretativo ed il costituzionalismo non possano, per un costituzionalista, andare dissociati e che soltanto l'interpretazione costituzionale che sia rispettosa degli enunciati della Costituzione, ancorché sensibile al contesto storico e politico che ci circonda, può dirsi conforme ai principi del «costituzionalismo garantista».

8 V., in particolare, S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *www.federalismi.it*, 3-2001, 2 ss. il quale acutamente osserva che le "materie vicine" sono quelle degli "enti pubblici" (ma l'Enel non è più tale), quella della "tutela della concorrenza" (che include l'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non il processo di liberalizzazione aperto dal d.lgs. n. 79 del 1999 e posto sotto il "controllo" dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas) e quella dei "livelli essenziali delle prestazioni", che, però, non riguardano i diritti economici, bensì solo quelli "civili e sociali". Pertanto l'A. conclude che "non essendo elencata tra le materie riservate alla legislazione statale esclusiva, se non fosse tra le materie di legislazione concorrente, l'energia elettrica sarebbe riconducibile, per esclusione, alla piena competenza legislativa delle regioni". V., inoltre, M. LUCIANI, *La localizzazione delle centrali elettriche. Problemi giuspubblicistici*, in *Riv. giur. amb.*, 2-1990, 174 ss.; S. MANGIAMELI, *Regioni e disciplina dell'energia*, in *Rapporto 2011-2012 di italiadecide "Il Governo dell'energia"*, Bologna, 2012, 368 ss.

9 La produzione di energia da fonti rinnovabili è inquadrata, dalla prevalente giurisprudenza costituzionale, nell'ambito della materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" di cui all'art. 117, comma 3 Cost. (ad es. Corte cost. nn. 189 del 2014, 156 del 2016, 14 del 2018, 106 del 2020). Sulle fonti energetiche rinnovabili, nell'ampia bibliografia v., *ex multis*, E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007; F. CORTESE-F. GIUNTELLA-G. POSTAL (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. Sistemi giuridici comparati, dal livello sovrastatale al locale*, Padova, 2013; G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2013, Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013; E.A. CARNEVALE-P. CARROZZA-G. CERRINA FERONI-G.F. FERRARI-G. MORBIDELLI, R. ORRÙ (a cura di), *Verso una Politica Energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, Napoli, 2014; L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Milano, 2011; M.T. RIZZO, *La materia "energia" e la competenza legislativa stato - regioni*, Napoli, 2013; M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia. Fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale*, Milano, 2014; L. NANNIPIERI, *Regioni ed energia rinnovabile: sono (ancora una volta) dichiarate incostituzionali norme regionali che pongono limitazioni alla localizzazione di impianti da fonti rinnovabili, dettate in assenza delle linee guida statali*, in *Riv. Aic*, 00-2010, 2 ss.



senza la “cesoia” della potestà legislativa statale utilizzata di frequente per sterilizzare di fatto, nel diritto vivente¹⁰, la potestà legislativa regionale¹¹.

In tale contesto il lavoro si propone di rafforzare l’orientamento della Corte costituzionale in tema di energia nucleare¹² per trovare un adeguato bilanciamento tra due indirizzi giurisprudenziali, ispirati, l’uno più favorevole all’autonomia legislativa regionale e, l’altro, orientato maggiormente alla potestà legislativa statale¹³.

Il lavoro si propone di analizzare l’evoluzione della potestà legislativa regionale in materia di energia, partendo dal raffronto della storia dell’energia con la storia della disciplina costituzionale. L’analisi tende anzitutto a valorizzare maggiormente le sentenze della Corte costituzionale più orientate in senso federalista. Il lavoro si propone, poi, di trarre spunto dalla stessa natura materiale delle fonti di energia, nella sua evoluzione storica, per dimostrare che mentre le fonti di energia del carbone e del petrolio sono intrinsecamente nazionali perché importate dall’estero, le fonti di energia rinnovabili sono intrinsecamente locali e, quindi, regionali. A tale stregua si propone una chiave di lettura del testo costituzionale che valorizzi maggiormente la potestà legislativa regionale in materia di energia.

10 A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 190 ss.; ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 187 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IX, Milano 2015, 391 ss., spec., 466 ss.; G. SORRENTINO, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012; A. D’ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2018, 252 ss.; A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, 1089 ss.; S. MANGIAMELI, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, in *Le Reg.*, 2008, 825 ss. In giurisprudenza v., in particolare, Corte cost. del 11 dicembre 1974, n. 276 che elabora, per la prima volta, nella giurisprudenza costituzionale l’espressione del «diritto vivente» che viene definito, mutuando la formulazione delle ordinanze di rimessione, come «il ‘sistema giurisprudenziale’ formatosi nel difetto di espresse disposizioni».

11 Per una illuminante ed ampia analisi dell’evoluzione della giurisprudenza costituzionale sui conflitti di attribuzione v. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 267 ss.

12 Per una efficiente ricostruzione nel giudizio di costituzionalità della teoria delle norme interposte tra le quali vanno ascritti i principi fondamentali deducibili da leggi statali v. M. SICLARI, *Le <<norme interposte>> nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992, 111 ss. il quale osserva che <<l’unico carattere comune delle norme considerabili come interposte è la parametricità o, in altri termini, il valore costituzionale (derivato) inteso nel senso più ristretto di <<trattamento>> ai fini del giudizio di costituzionalità>>.

13 E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2-2018, 2 ss.; G. D. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Reg.*, 4-2017, 634 ss.; A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all’art. 116, comma 3, Cost.*, in *Fed. fisc.*, 1-2007, 143 ss.; A. POGGI, *Il principio di “differenziazione” regionale nel Titolo V e la “clausola di differenziazione” del 116, comma 3: modelli, prospettive, implicazioni*, in *www.astridonline.it*, 2007, 2 ss.; P. CIARLO- M. BETZU, *Dal regionalismo differenziato al regionalismo pasticciato*, in *Le Istit. Fed.*, 1-2008, 268.



Sul piano del metodo, il lavoro si propone, altresì, di dimostrare che, anche nell'interpretazione della disciplina costituzionale, la forma giuridica deve poter corrispondere maggiormente alla sostanza materiale, oggetto della disciplina.

2.- La storia dell'energia come "moneta universale".

L'analisi della potestà legislativa nella materia dell'energia muove non dall'astratta prospettiva normativa¹⁴, ma dall'analisi della materia concreta, oggetto della disciplina giuridica e della sua evoluzione diacronica nel tempo¹⁵.

Tale metodo analitico di empirismo logico consente di partire dall'analisi della storia dell'energia dall'antichità all'unità d'Italia per, poi, esaminare la storia recente della stessa dall'unità d'Italia ad oggi perché quest'ultima storia, come apparirà, si è sviluppata in tre diversi contesti costituzionali.

A) Il primo periodo, che va dall'antichità al 1700, è caratterizzato dalla presenza delle prime energie naturali, rappresentate dal fuoco, dal vento e dalla forza muscolare dell'uomo e degli animali.

Nella mitologia greca il fuoco viene collocato in ambito sacro, quale risorsa energetica degli dei. Esso è "rubato" agli dei da Prometeo per farne dono agli uomini. È interessante osservare che, nella mitologia greca, Prometeo è punito da Zeus per aver "rubato" il fuoco, essendo quest'ultimo energia naturale appartenente a Zeus e, quindi, al pianeta terra. Quindi il mito dell'energia nasce come il mito di un bene naturale e di una ricchezza, che non appartiene agli uomini, ma alla natura. L'uomo è punito quando se ne impossessa come *dominus*, per suo uso e consumo distruttivo.

Successivamente, nella Roma antica, il fuoco assume una marcata connotazione pubblicistica perché diventa la fiamma perpetua del tempio di Vesta. Quest'ultimo è considerato come una struttura "pubblica", perché dedicata alla conservazione del fuoco, ritenuto una risorsa fondamentale per gli uomini. Naturalmente il fuoco, a sua volta, nell'antichità, era attivato dalla forza muscolare degli "animali" e degli "schiavi".

Per completezza, accanto al fuoco ed all'energia fisica umana ed animale, sin dall'antichità, si pongono immediatamente l'acqua ed il vento. Si comprende, allora, perché l'energia sia stata considerata come l'unica "moneta universale"¹⁶. La ragione è che, sin dall'antichità, il corso della

14 Sempre attuale è l'insegnamento di A. A. CERVATI, *A proposito dello studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici*, in *Dir. rom. att.*, 2-1999, 14 ss. il quale ha ricordato, in modo efficiente, a più riprese che «le riforme delle Costituzioni sono una diretta e continua conseguenza del mutamento del cointesto sociale che esprime quell'insieme di valori che fondano gli ordinamenti giuridici».

15 R. CHIEPPA, *"Prassi" interpretative di norme nel diritto pubblico (con riguardo alle "prassi" nei rapporti relativi a soggetti od oggetti costituzionalmente rilevanti e alle nomine)*, in *Dir. e soc.*, 2-2016, 163 ss.

16 V. SMIL, *Energia e civiltà*, Milano, 2021, 15 ss.



storia è stato, in effetti, caratterizzato da un continuo tentativo di controllare le fonti di energia, allo scopo di convertirle, in calore, luce e movimento a costi più bassi e con efficienza maggiore.

La reperibilità dell'energia, il costo, la facilità d'uso e l'efficienza sono criteri comuni a tutte le civiltà, ma nella scelta delle fonti energetiche si è maggiormente tentato di adottare criteri di utilizzo meno costosi possibili¹⁷. Una volta avviato lo sfruttamento di una fonte di energia, si cercava, poi, di migliorarne la facilità del relativo impiego. I Romani inventavano la ruota idraulica, evoluzione di invenzioni egizie e greche, e nel II secolo d.C. a Barbegal, in Provenza (Francia), sfruttando il vento, fu costruito il più grande complesso di mulini dell'epoca in grado di mettere in moto sedici ruote e le relative macine. Poi, pressato dal bisogno, l'uomo per la difficoltà degli sforzi umani ed animali, inventò le prime "macchine semplici" che sfruttano come fonte di energia il moto rotatorio. Le due macchine semplici più significative furono la ruota del vasaio e la ruota del vettore per il trasporto, diffusi dalla Mesopotamia presumibilmente nel 6000 a.C., anche se i resti noti più antichi risalgono al IV millennio a.C.

Nel Medioevo l'energia non cambia volto. I "calcanti" nel Medioevo mettevano in moto le grandi ruote di legno per muovere le gru dei cantieri, grazie alle quali sono state costruite le cattedrali gotiche. Si diffusero, così, i mulini, anche se la forza degli schiavi era più conveniente (si pensi ai rematori per le navi).

Ma, nel tempo ('400 è500), la carenza della legna e del carbone vegetale causano la prima grande crisi energetica in Europa e spingono l'uomo alla ricerca di una nuova fonte di energia.

B) Il secondo periodo che va, dal '700 all'unità d'Italia, è caratterizzato, infatti, dalla scoperta di nuovi fonti di energia nei giacimenti di carbone fossile e dalla invenzione della macchina a vapore che hanno introdotto la "società industriale". Da questo momento in poi la storia racconta il "*furto perenne di energia*" al pianeta per uno sviluppo industriale, oltre i limiti della sostenibilità.

Il '700 fu, quindi, il "secolo del carbone fossile", che, anche nell'800, svolse un ruolo importante per la produzione dell'energia elettrica, scoperta da Volta nel 1799. E, proprio nella seconda metà del '700, con l'invenzione della macchina a vapore di James Watt (1736-1819), si realizza nella storia dell'energia la grande svolta. Dal 1787 al 1814 c'è uno sfruttamento sistematico delle miniere di carbone fossile, che alimentano la macchina a vapore.

La macchina a vapore usa, infatti, il carbone fossile come combustibile che libera l'energia termica necessaria al funzionamento della macchina. Il carbone fossile diventa, così, il nuovo protagonista della storia dell'energia.

Nel 1769 James Watt adotta, infatti, come unità di misura il "cavallo vapore" per calcolare la potenza del suo motore a vapore nel produrre energia. L'idea funziona e l'innovazione di Watt si rivela un successo commerciale. Le industrie continuano per un po' a preferire le ruote idrauliche,

17 G. PAGNOTTA, *Prometeo e Fukushima, Storia dell'energia dall'antichità ad oggi*, Torino, 2020, 50 ss.

ma alla fine l'invenzione della locomotiva impone la macchina a vapore, che introduce la seconda fase di industrializzazione (1843-1869), trainata da ferrovie, piroscafi e aziende siderurgiche.

Intanto fa la sua apparizione, sulla scena delle fonti dell'energia, l'energia elettrica che è, però, un'energia secondaria, derivata dalle fonti di energia primarie come il carbone fossile.

L'invenzione dell'energia elettrica (Volta, Edison), alla fine del '700, rende più agevole la produzione dei motori, perché consente un più agevole collegamento con le altre parti meccaniche delle macchine, trasmettendo una maggiore forza motrice sia in termini di efficienza, sia in termini di velocità.

L'industria tessile, che nell'800 si era insediata nelle valli prealpine per essere più vicina alle fonti di energia meccanica (i corsi d'acqua), si espande, in tal guisa, nella Pianura Padana una volta effettuata l'elettrificazione del territorio.

Le industrie strategiche (metallurgica, ferroviaria e cantieristica navale) nascono al Nord anche grazie a questa disponibilità energetica (v. le centrali idroelettriche) oltre che per scelte politiche della classe dirigente dell'Italia post-unitaria, in prevalenza, settentrionale. Ma la storia dell'energia manca ancora di un protagonista, il petrolio, che fa la sua prima apparizione in America, nel 1859 in Pennsylvania e, poi, nel Texas, in Oklahoma nella California.

Come il carbone nel Settecento inglese era stato l'elemento fondamentale per l'affermarsi della rivoluzione industriale, così a partire dal secondo o terzo decennio del Novecento, fa la sua apparizione, nel contesto delle fonti di energia, il petrolio come *fonte primaria di energia*, anche se il carbone non è del tutto soppiantato.

Questo periodo volge al termine con l'unità d'Italia. Il carbone lentamente arretra, a differenza del petrolio che diventerà, presto, la fonte determinante nel bilancio energetico dei paesi, con un maggiore livello di industrializzazione.

C) La breve storia dell'energia fino all'unità d'Italia consente, ora, di ricostruire il periodo successivo che va dall'Unità d'Italia ad oggi e che comprende tre contesti storici corrispondenti a tre diverse contesti costituzionali rappresentati dallo Statuto albertino, dalla Costituzione repubblicana e dalla riforma costituzionale del 2001 in tema di energia.

Anche l'Italia, quindi, dopo l'unificazione, entra nella gara energetica (1861), ma per partecipare a questa gara tra i paesi fornitori di carbone fossile occorre il carbone fossile che manca del tutto in Italia. Allora, per competere con gli altri paesi, l'Italia si affida alle centrali idroelettriche delle proprie Alpi perché, come è stato osservato¹⁸, le strette valli alpine si prestavano alla realizzazione di dighe e bacini artificiali da dove fare convergere l'acqua verso le turbine delle centrali. E, così, nel ventennio successivo all'Unità d'Italia, in Piemonte e in Lombardia, si costruiscono dighe e centrali idroelettriche al fine di sostenere lo sviluppo industriale di Torino e Milano e, ben presto all'inizio del '900, l'Italia è al primo posto in Europa per la produzione di energia idroelettrica.

18 G. PAGNOTTA, *Prometeo e Fukushima, Storia dell'energia dall'antichità ad oggi*, cit., 50 ss.



Naturalmente l'industria tessile si colloca nelle valli pre-alpine per essere più vicina alle fonti di energia meccanica costituita dai corsi d'acqua. Ma con l'avvento dell'energia idroelettrica l'industria tessile si espande nella Pianura Padana a seguito della elettrificazione del territorio. Le industrie siderurgiche nella prima parte del '900 nascono al Nord oltre che per scelte politiche favorevoli al nord Italia anche perché l'energia idroelettrica era nelle Alpi. Ma a ridosso del carbone fossile e dell'energia idroelettrica fa la sua apparizione nella prima metà del '900 anche il petrolio. Il 27 agosto 1859 si realizza la prima penetrazione di un pozzo petrolifero a Titusville, in Pennsylvania che diventa, però, l'oro nero solo quando nel 1886 sono inventati il motore a scoppio e l'automobile.

Con la società dell'automobile il petrolio conquista la "sovranità" tra le fonti primarie di energia e quella che era stata la "corsa" al carbone, diventa la "corsa" al petrolio, con le sue guerre anche fredde. Ma con ciò siamo già entrati in un nuovo periodo della storia dell'energia, perché, all'esito della seconda Guerra Mondiale, entra in vigore, dopo il ventennio fascista, la Costituzione repubblicana.

Nell'ordinamento repubblicano, nuove forme di energia totalmente (eoliche, solari, geotermiche) o parzialmente rinnovabili (nucleare) fanno la loro prima apparizione.

La "scoperta delle fonti di energia rinnovabili" avviene perché finalmente l'uomo "ricorda" che, nella storia dell'energia, le fonti dell'energia erano, ancor prima del carbone fossile e del petrolio, il sole, il vento, l'acqua, il calore geologico etc., ovvero, tutte le energie non fossili, ma rinnovabili¹⁹!

Oggi le fonti di energia rinnovabili sono in aumento secondo il Piano nazionale integrato dell'energia e del clima (PNIEC) del giugno 2003 che stima al 2030 un aumento delle fonti rinnovabili rispettivamente: a) per la fonte geotermica da 817 a 1000; b) per la fonte eolica da 11290 a 28140; c) per l'energia solare da 22594 a 79921 (MW).

¹⁹ Nel 2017 la domanda di energia in Italia è stata pari a 320,5 miliardi di kWh (cfr. fonte Terna). La conversione in energia elettrica avviene partendo da una fonte primaria di energia fossile o rinnovabile e sfruttando i combustibili fossili (gas naturale, petrolio, carbone) che sono bruciati nelle centrali di produzione con produzione a vapore ad elevata temperatura e pressione. Dal canto suo, il vapore si espande mentre una turbina collegata ad un alimentatore trasforma l'energia meccanica in elettrica. A sua volta, l'88% del gas naturale e del carbone è importato dall'estero (Algeria, Libia, Russia per il gas e Stati Uniti, Sud Africa, Australia, Indonesia e Colombia per il carbone). La rimanente parte dell'energia elettrica è prodotta utilizzando fonti di energia rinnovabili (fonte solare, fonte geotermica, fonte idroelettrica, fonte eolica). Secondo la Terna (2007) la potenza complessiva introdotta nel nostro paese sopra il tetto del fabbisogno nazionale arriva a 217.100 MW, ma non tutta la potenza prodotta è disponibile costantemente. Nel 2017 circa l'88% della domanda di energia in Italia pari a 320 miliardi di kWh è stata soddisfatta dalla produzione nazionale, mentre la restante parte della domanda è soddisfatta da energia elettrica acquistata direttamente dall'estero (Francia, Svizzera, Slovenia). Quindi sommando le fonti di energia fossili all'energia elettrica entrambe acquistate dall'estero (88% di gas naturale, petrolio, carbone e energia elettrica) pari al 12% appare evidente la dipendenza dall'estero. All'interno della produzione nazionale termoelettrica i combustibili maggiormente utilizzati sono gas e carbone, mentre va diminuendo l'utilizzazione del petrolio.



In conclusione, più di un terzo dell'energia elettrica, oggi, in Italia, è costituita dalle fonti rinnovabili, rappresentate, anzitutto, dall'idroelettrico e, poi, dall'energia fotovoltaica, dalle bioenergie, da energie eoliche e, infine, geotermiche. Nel contesto dell'Europa²⁰ l'Italia è il terzo produttore di energie rinnovabili.

3.- La storia della potestà legislativa in materia di energia: a) la potestà legislativa nello Statuto albertino.

È importante, ora, confrontare la ricordata storia dell'energia con la storia della potestà legislativa nella materia dell'energia nella Costituzione italiana²¹.

È possibile, allora, dividere questa storia in tre periodi rappresentati dallo Statuto Albertino, poi, dalla Costituzione repubblicana e, infine, dalla riforma costituzionale del 2001²².

In *capite listae* sembra corretto ricordare che la storia dell'energia, in correlazione con la storia della disciplina costituzionale, comprende, nel tempo, tra la seconda metà dell'ottocento e la prima metà del novecento, il "secolo del carbone fossile e del petrolio", come fonti primarie di energia per

20 Per una efficiente ricostruzione del funzionamento nei meccanismi di attuazione e di esecuzione del diritto europeo da parte delle regioni v. G. DI COSIMO, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *www.federalismi.it*, 3-2001, 4.

21 M. DOGLIANI, *Neo costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neo costituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2-2010, 13 ss. il quale efficientemente osserva che i principi supremi della Costituzione -anche, al di là del loro dato positivo- vadano osservati come massime che un essere razionale può concepire come leggi pratiche universali indipendenti dal comando del legislatore.

22 G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 767 vi è sostanziale concordia in dottrina sulla conclusione che l'attuale fisionomia assunta dalle fonti repubblicane sia, innanzitutto, il frutto della crisi dell'idea che le medesime possano essere considerate qualcosa di autonomo e autosufficiente, tali appunto da costituire un "sistema". Tale "disarticolazione" è stata ricondotta a molteplici fattori, dalla posizione assunta dalle fonti delle autonomie territoriali, specie dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001¹¹, all'erompere delle fonti esterne, in particolare quelle europee (v., *ex multis*, cfr. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996, 76 ss.), e, più in generale, ai processi legati alla globalizzazione e all'influenza di questi ultimi sui meccanismi di produzione normativa (A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, 8 ss.) Nello stesso senso è andata anche la riflessione di chi, come Franco Modugno, muovendo dalla distinzione tra l'insieme delle norme sulla normatività e sulla produzione giuridica, da un lato, e le norme sugli istituti giuridici, dall'altro, ha proposto di superare il cortocircuito derivante dall'«impossibilità di costruire un vero e proprio sistema delle fonti» (l'insieme di cui si è detto) attraverso l'individuazione di «un sistema delle norme vigenti, in quanto soggetto a regole di formazione – nella specie rappresentate, con formula volutamente sintetica e comprensiva, dalla consuetudine costituzionale – e regole di trasformazione – ... rappresentate dall'apporto di e dalle relazioni con altri ordinamenti normativi – » (F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, 2012, 7). Un «sistema delle norme», quindi, che, secondo questa prospettiva, «non è, in tal modo, affatto condizionato da un impossibile sistema "chiuso" delle fonti».



la produzione dell'energia elettrica e, successivamente, dopo il 2000, il secolo delle energie rinnovabili (energia idroelettrica, energia eolica, energia solare, energia geotermica) fino ai nostri giorni caratterizzati dal forte impegno dell'Unione Europea²³ a favore della decarbonizzazione, della transizione energetica e delle energie rinnovabili, nella prospettiva di uno sviluppo più sostenibile²⁴.

Tanto premesso il periodo che va dall'Unità d'Italia alla Costituzione repubblicana del 1948 è caratterizzato dalla vigenza dello Statuto Albertino che non prevede una norma in materia di energia a favore dello Stato, ma si limita a prevedere all'art. 29 che la proprietà privata è sacra e inviolabile²⁵.

Lo Stato liberale, quindi, esercita una potestà legislativa esclusiva e, nell'esercizio della stessa, riconosce come inviolabili tutte le proprietà, non esclusa quella dell'energia. Manca, nel periodo, una normativa statale che imponga ai monopoli privati, formatisi all'ombra dello Statuto Albertino, di cedere nell'interesse generale le centrali idroelettriche allo Stato.

Con l'avvento dello Stato fascista, però, lo Stato fa valere, nei confronti dei monopoli privati, la propria forza politica e, quindi, i privati possono, solo a titolo di concessione, gestire i monopoli energetici.

Come ricorda efficientemente Giuseppe Guarino²⁶, al quale si deve, tra l'altro, il primo tentativo di costruire un diritto dell'energia unitario, lo Stato sabauda, nell'esercizio della potestà legislativa esclusiva, emana, almeno, tre normative fondamentali in tema di energia.

23 Si ricordano le direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE relative all'adozione di norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e il gas; la direttiva 2009/28/CE relativa alla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili; le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE in cui viene disciplinata l'organizzazione ed il funzionamento della rete di trasporto dell'energia e la direttiva 2009/28/CE che impone agli Stati membri l'obbligo di aumentare (entro il 2020) la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili sino almeno al 20% del consumo energetico finale. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Corte costituzionale del 3 aprile 2023, n. 58; Corte costituzionale del 24 marzo 2023, n. 50; Corte costituzionale del 10 maggio 2022, n. 117; Corte costituzionale del 22 dicembre 2022, n. 265; Corte costituzionale del 7 dicembre 2021, n. 239; Corte costituzionale del 1 aprile 2014, n. 64; Corte costituzionale del 11 ottobre 2012, n. 224; Corte costituzionale del 15 giugno 2011, n. 192; Corte costituzionale del 1 aprile 2010, n. 124.

24 R. MICCU', *Lineamenti di diritto europeo dell'energia*, Torino, 2020 il quale efficientemente osserva che la tematica dell'energia è notoriamente oggetto di una regolazione multilivello, che parte dai livelli internazionale e sovranazionale, per poi concretarsi nelle norme specifiche dei singoli stati e delle realtà sub-statali. A livello europeo, le basi giuridiche originariamente incerte e incomplete nel diritto dei trattati comunitari non hanno impedito, osserva l'autore, che nel corso degli anni le misure di costruzione del mercato comune/interno/unico, adottate prima dalle Comunità e, poi, dall'Unione europea, aumentassero gradualmente di numero e di intensità.

25 L'articolo 29 Statuto albertino recita: "Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi".

26 G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e diritto dell'energia*, Milano, 1962, 221 ss.



La prima normativa è rappresentata dal regio decreto 29/07/1927 n. 1443 (c.d. legge mineraria) che attribuisce la proprietà del sottosuolo al demanio dello Stato e prevede che qualunque attività petrolifera sia soggetta ad autorizzazione o concessione.

La legge mineraria nasce dallo scandalo Sinclair, dal nome della compagnia petrolifera americana con la quale lo Stato italiano aveva stipulato un accordo, in forza del quale il Ministero per l'economia riconosceva alla Sinclair la concessione per svolgere ricerche petrolifere in Emilia-Romagna ed in Sicilia per complessivi 40.000 km quadrati. Le due parti avrebbero costituito una società nella quale solo il 40% del capitale sociale sarebbe stato di proprietà dello Stato italiano, mentre le spese sarebbero state sostenute dalla società Sinclair e solo il 25% degli utili sarebbe spettato allo Stato italiano. L'accordo fu giudicato dannoso per la nazione perché sia il capitale che l'utile dello Stato erano in minoranza. Lo scandalo fu denunciato da Giacomo Matteotti e Luigi Sturzo. Dopo lo scandalo Sinclair, su proposta di Luigi Sturzo, il Governo italiano, con r.d.l. del 3 aprile 1926 n. 746, ordinò la costituzione dell'AGIP (Azienda generale italiana petroli) per lo svolgimento di ogni attività relativa all'industria ed al commercio dei prodotti petroliferi. Il capitale sociale della nuova società per azioni era per il 60% del Ministero del tesoro, per il 20% dell'INA (Istituto nazionale dell'assicurazione) e, infine, il 20% delle assicurazioni sociali.

La seconda normativa è contenuta nell'articolo 624 c.p. che configura la fattispecie del "furto di energia elettrica" a danno delle imprese produttrici, concessionarie dello stato. Le gerarchie in materia di energia sono evidenti: lo Stato al vertice, la concessione al secondo livello, i cittadini e consumatori alla base come "figli delle tenebre".

La terza normativa è rappresentata dall'articolo 814 c.c. secondo il quale le energie naturali che hanno valore economico "sono" beni mobili.

In conclusione nel ventennio il carbone era esiguo e di qualità scadente, onde occorre importare il petrolio dall'estero a prezzi elevati che gravavano notevolmente sull'economia nazionale e limitavano lo sviluppo industriale.

Dal canto loro le centrali idroelettriche sono esigue e concentrate, soprattutto, nel Nord del paese, onde non potevano soddisfare il fabbisogno nazionale di energia. Pertanto il legislatore prevede, per la prima volta, la "proprietà pubblica" delle fonti di energia italiane (AGIP), per una possibile "autarchia energetica". Lo Stato italiano affida, poi, ai privati ogni attività nel settore, attraverso un regime di concessioni e/o autorizzazioni, all'ombra del quale i monopoli privati dell'energia, destinatari delle concessioni, fanno i "loro affari".

4.- *Segue: b) la potestà legislativa nella Costituzione repubblicana.*

Come lo Statuto albertino, anche il testo originario della Costituzione repubblicana, approvato il 22 dicembre 1947 ed entrato in vigore il 1 gennaio 1948, riconosce allo Stato la



potestà legislativa esclusiva²⁷ in materia di energia, perché prevede, nell'art. 43 Cost., che è l'unica norma che disciplina l'energia nella Costituzione repubblicana, che, ai fini di utilità generale, la legge dello Stato può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti "determinate imprese che si riferiscano a fonti di energia e abbiano carattere di preminente di interesse generale.

L'art. 43 Cost. prevede la c.d. riserva di impresa, che si concreta, secondo la classica definizione gianniniana, «in una statuizione che riconosce solo ad un soggetto, o a soggetti qualificati, la titolarità del diritto d'impresa in ordine ad un determinato oggetto. Nessun altro soggetto dell'ordinamento può essere titolare di diritto d'impresa in ordine all'oggetto riservato». La norma costituzionale pone l'accento sulla disciplina delle attività imprenditoriali connesse alle fonti di energia, attribuendo la riserva allo Stato o ad enti privati o a comunità di lavoratori ogniqualevolta ricorra un presupposto fondante rappresentato dal preminente interesse generale²⁸.

A sua volta, l'articolo 117, nel testo originario della Costituzione del 1948, conteneva un mero elenco di materie di competenza della potestà legislativa delle regioni, seppur nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato²⁹. La materia dell'energia si collocava al di fuori di tale elencazione, con la conseguenza che solo il Parlamento nazionale poteva legittimamente legiferare in materia di energia. Secondo la giurisprudenza costituzionale, pertanto, le regioni potevano esercitare la potestà legislativa unicamente nei

27 L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova 1985.

28 M. GIAMPIERETTI, *Commento art. 43 Cost.*, in V. CRISAFULLI-L. PALADIN-S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), in *Commentario breve alla Costituzione*², Padova, 2008, 447 ss. osserva efficacemente che l'art. 43 Cost. appare fare riferimento al fenomeno della pubblicizzazione o della collettivizzazione delle imprese che comprende tutti i trasferimenti coattivi e non coattivi della proprietà o della gestione economica delle imprese a favore di un ente pubblico o di una collettività., V, altresì, A. PREDIERI, voce *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 393 ss. La pubblicizzazione, così delineata, spinge la dottrina (S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 6-1960, 1332 ss.) ad osservare che la legge possa escludere la legittimazione ad esercitare determinate attività con l'istituzione di una riserva originaria consistente nella creazione di un monopolio legale pubblico in un certo settore o in una parte di esso o attraverso un vero e proprio trasferimento delle imprese già operanti mediante espropriazione indennizzata. Sul punto, v., altresì, S. FOIS, *Riserva originaria e riserva di legge nei principi economici della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 476 ss.; F. GALGANO, *Commento Artt. 41-44 Rapporti economici*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1982, 1 ss. Questa impostazione ha consentito di porre l'art. 43 Cost. in diretto contatto con gli artt. 41 e 42 Cost. ovvero con lo statuto costituzionale dell'impresa, da un lato, e con quello della proprietà, dall'altro (A. LUCARELLI, *Commento Artt. 43 Cost.*, in R. BIFULCO- A. CELOTTO- M. OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 884 ss.).

29 L. ANTONINI, *Commento Art. 117 Cost.*, in R. BIFULCO- A. CELOTTO- M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2228 ss.



“settori connessi” alla materia dell’energia previsti dall’art. 117 Cost., come il settore della sanità, dell’urbanistico, dei lavori pubblici di interesse regionale, delle acque minerali, delle torbiere e dell’agricoltura.

L’energia nel testo originario della Costituzione, non essendo menzionata nell’elenco delle materie previsto dall’art. 117 Cost., non si configurava come materia a sé stante, ma piuttosto come settore caratterizzato da un fascio di attribuzioni riconducibili ad una pluralità di materie³⁰.

Ciò comportò un endemico conflitto di competenze tra Stato e regioni devoluto alla Corte costituzionale³¹, chiamata a definire le rispettive sfere di competenza nei casi di connessione fra il settore dell’energia e altri settori “connessi” all’energia come per es. i settori degli enti pubblici, della tutela della concorrenza e dei livelli essenziali delle prestazioni³². Ma, come osservò la giurisprudenza costituzionale³³, applicando la norma dell’art. 43 della Cost., già prima della riforma del Titolo V Cost., vi era una compresenza nella medesima materia di profili di interesse regionale in forza del collegamento funzionale tra l’energia ed alcune materie “vicine” rimesse alla competenza concorrente delle regioni. Ciò comportava che le regioni potevano esercitare la competenza legislativa per la cura dell’interesse energetico in relazione ad interessi settoriali connessi alla cura dell’interesse energetico nazionale³⁴.

E’ interessante l’esame delle sentenze più significative della Consulta pronunziate nel vigore della Carta, nel suo testo originario.

Nella sentenza n. 483 del 1991 la Corte costituzionale rileva che non tutti gli aspetti dell’energia fuoriescono dalla potestà legislativa regionale in quanto “pur in presenza di tali

30 S. BARTOLE, *Commento all’art. 117 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1985, 102 ss; L. MEZZETTI, *Energia e ambiente*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001, 1020; A. D’ATENA, *Le Regioni dopo il Big Bang. Il viaggio continua*, Milano, 2005, 119 ss.

31 Per una illuminante ricostruzione del regionalismo duale v. A. CERRI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sui rapporti tra Stato e regioni dal luglio 1981 al luglio 1986: linea di tendenza e problemi aperti*, in *Regioni*, 1-2, 1987, 30 ss; ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 389 ss.

32 S. CASSESE, *L’energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, cit., 3.

33 Corte costituzionale del 31 gennaio 1991, n. 37; Corte costituzionale del 27 dicembre 1991, n. 483; Corte costituzionale del 26 febbraio 1990, n. 85; Corte costituzionale del 10 marzo 1988, n. 830; Corte costituzionale del 21 luglio 1988, n. 830; Corte costituzionale del 30 settembre 1987, n. 304; Corte costituzionale del 7 marzo 1964, n. 13.

34 S. MANGIAMELI, *Regioni e disciplina dell’energia*, in *Rapporto 2011-2012 di Italia decide “Il Governo dell’energia”*, cit., 369 ss. osserva che le regioni ricevono una prima apertura dalla legislazione statale, in particolare, dalla legge n. 10/1991, che prevedeva i Piani regionali, ai quali era attribuita la funzione di individuare i “bacini che in relazione alle caratteristiche, alle dimensioni, alle esigenze di utenza, alla disponibilità di fonti rinnovabili di energia, al risparmio energetico realizzabile e alla preesistenza di altri vettori energetici, costituiscono le aree più idonee ai fini della fattibilità degli interventi di uso razionale dell’energia e di utilizzo delle fonti rinnovabili di energia”.



indubitabili esigenze unitarie, va anche considerato che il settore dell'energia incide su altri diversi settori sociali ed economici, di sviluppo produttivo e di benessere in genere, alcuni dei quali ricompresi nella sfera di competenza delle regioni o delle province autonome in relazione alle materie di loro spettanza. In presenza di siffatta realtà si manifesta l'esigenza di un coordinamento procedimentale dei diversi enti pubblici di livello costituzionale titolari di proprie attribuzioni, da attuarsi mediante forme idonee a salvaguardare gli interessi pubblici non omogenei affidati alla cura dei vari enti pubblici nel rispetto del diverso grado di autonomia di ciascuno di essi, secondo il principio, più volte affermato da questa Corte, della leale collaborazione tra Stato e soggetti delle autonomie³⁵. Ed è alla luce di tali principi che deve essere affrontato l'esame delle specifiche questioni”.

Facendo leva su questa giurisprudenza costituzionale ed esercitando le competenze loro intestate nelle summenzionate “materie connesse” (sanità, etc.), le Regioni a statuto ordinario hanno potuto intraprendere, nel tempo, un «percorso di avvicinamento» per l’acquisizione di attribuzioni legislative in materia di energia, pur caratterizzato da frequenti ostacoli frapposti dal legislatore statale³⁶.

35 Per una efficiente ricostruzione della dimensione garantistica e della dimensione collaborativa come coordinate fondamentali attuative del principio autonomistico e personalistico v. E. GIANFRANCESCO, *Dimensione garantistica e dimensione collaborativa nel disegno costituzionale dei rapporti tra Stato e regioni*, in *Riv. Aic*, 3-2019, 194 ss.

36 Corte costituzionale del 7 marzo 1964, n. 13 ha affermato la sussistenza nel settore energetico di vitali interessi della collettività rappresentando il medesimo settore “uno dei più essenziali settori economici del Paese, la cui influenza su tutta la vita nazionale, anche al di là degli aspetti economici, non ha bisogno di essere dimostrata”. Infatti la Corte nella sentenza n. 13 del 1964 ha riconosciuto come “il settore elettrico costituisca una componente essenziale di tutto lo sviluppo economico del Paese e uno strumento al servizio di vitali interessi della collettività”. E ciò basta per la Corte “per significare che la legge statale, che è venuta a regolare questo settore con norme improntate allo scopo di promuoverne lo sviluppo, non può non essere considerata come manifestazione di quel superiore interesse dello Stato, che gli Statuti regionali in esame hanno espressamente fatto salvo, imponendo come limite il rispetto dell’interesse nazionale”. Tuttavia la Consulta, pur ritenendo l’energia materia oggetto di imprescindibile ed esclusiva considerazione statale e, quindi, bisognevole di una disciplina di carattere unitario, non ha tuttavia mancato di sottolineare, anche nel quadro istituzionale precedente la riforma del Titolo V Cost., la compresenza nella materia stessa di profili di interesse regionale, emergenti in virtù del collegamento funzionale tra l’energia e alcune materie (già sopra indicate) rimesse alla competenza concorrente delle Regioni. V., in particolare, V. CRISAFULLI, *Legge di nazionalizzazione, decreti delegati di trasferimento e ricorsi regionali*, in *Giur. cost.*, 1964, 118 ss. Successivamente la Consulta nella sentenza n. 483 del 1991 ha attribuito alla legge statale per l’attuazione del Piano energetico nazionale una vera e propria funzione «diretta a realizzare un preminente interesse nazionale, di carattere generale, non suscettibile di frazionamento a livello locale, nel presupposto della rispondenza del risparmio energetico ad esigenze unitarie dell’economia del Paese». Tuttavia la sussistenza di tali esigenze non impedisce bensì richiede anche la considerazione che «il settore dell’energia incide su altri diversi settori sociali ed economici, di sviluppo produttivo e di benessere in genere, alcuni dei quali ricompresi nella sfera di competenza delle regioni o delle province autonome in relazione alle materie



La giurisprudenza costituzionale ricordata sui rapporti Stato-Regioni nel settore energetico trova, poi, eco anche nella legislazione del periodo³⁷.

La prima apertura significativa alle regioni si ha con la legge n. 10 del 1991, che prevede i Piani regionali energetici, ai quali era demandata l'individuazione dei "bacini, che in relazione alle caratteristiche, alle dimensioni, alle esigenze di utenza, alla disponibilità di fonti rinnovabili di energia, al risparmio energetico realizzabile e alla preesistenza di altri fattori energetici, costituiscono le aree più idonee ai fini della fattibilità degli interventi di uso razionale dell'energia e di utilizzo delle fonti rinnovabili di energia".

Ma il vero percorso di avvicinamento delle regioni all'area della regolazione dell'energia inizia con l'emanazione della legge Bassanini, n. 59 del 1997 ed il conseguente decreto legislativo di attuazione, n. 112 del 1998. Questa legislazione inizia a "sdoganare" le funzioni amministrative delle regioni, sino ad allora, "congelate" o "assorbite" dall'attività amministrativa centrale dei Ministeri³⁸. Tra le materie "sdogанate" dalla legislazione Bassanini vi è anche l'energia, le cui funzioni amministrative, in passato, esclusivamente di competenza statale, vengono "conferite" alle regioni, nel rispetto dei principi fondamentali.

In particolare l'art. 28 del decreto legislativo n. 112 del 1998 prevede, per la prima volta, che la disciplina in materia di "ricerca, produzione, trasporto e distribuzione di energia" è riservata allo Stato, specificando i compiti amministrativi spettanti allo Stato, mentre l'articolo 29 del medesimo decreto prevede il conferimento delle funzioni amministrative in materia di

di loro spettanza». A fonte di questa realtà la Corte costituzionale ha sostanzialmente ammesso che non tutti gli aspetti dell'energia fuoriescono dalla sfera di competenza regionale, impone, secondo la Corte stessa, «un coordinamento procedimentale dei diversi enti pubblici di livello costituzionale titolari di proprie attribuzioni, da attuarsi mediante forme idonee a salvaguardare gli interessi pubblici non omogenei affidati alla cura dei vari enti pubblici nel rispetto del diverso grado di autonomia di ciascuno di essi, secondo il principio [...] della leale collaborazione tra Stato e soggetti delle autonomie». V., in dottrina, per una efficiente ricostruzione del principio di leale collaborazione A. CERRI, *Il principio di leale collaborazione ed il mancato accordo*, in *For., it.*, 1-2012, 2939 ss. In giurisprudenza v. Corte costituzionale del 24 febbraio 2017, n. 39; Corte costituzionale 11 febbraio 2016, n. 21; Corte costituzionale 14 gennaio 2016, n. 1; Corte costituzionale del 10 giugno 2016, n. 131; Corte costituzionale del 24 giugno 2016, n. 154; Corte costituzionale del 25 novembre 2016, n. 249; Corte costituzionale 13 marzo 2014, n. 44; Corte costituzionale del 9 maggio 2014, n. 119; Corte costituzionale del 5 giugno 2013, n. 117; Corte costituzionale del 9 luglio 2013, n. 182; Corte costituzionale 24 luglio 2009, n. 237; Corte costituzionale 23 maggio 2008, n. 168; Corte costituzionale del 14 ottobre 2005, n. 383.

³⁷ Per una efficiente analisi della dimensione amministrativa delle regioni nei lavori della Commissione per le riforme costituzionali v. E. GIANFRANCESCO, *L'amministrazione regionale nei lavori delle Commissioni per le riforme costituzionali*, in *Le Reg.*, 5-2013, 692 ss.

³⁸ L. ANTONINI, *Commento Art. 117 Cost.*, cit., 2227 ss.



energia alle regioni, ma in via residuale rispetto a quelle positivamente individuate dall'art. 28³⁹.

5.- Segue: c) la potestà legislativa nella riforma costituzionale del 2001: le motivazioni della interpretazione regionalista dell'art. 117 Cost.

Con la riforma del Titolo V, Parte seconda, della Costituzione nel 2001 è introdotta dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 la potestà legislativa concorrente di Stato e regioni in materia di energia⁴⁰. L'art. 117, comma 3, Cost. recita, infatti, che sono materie di legislazione concorrente quelle materie relative alla produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia e "nelle materie di legislazione concorrente spetta alle regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali riservata alla legislazione dello Stato"⁴¹.

39 Per una illuminante analisi della politicità delle regioni nel sistema delle autonomie v. F. PIZZOLATO, *La politicità della Regione nel sistema delle autonomie*, in C. BUZZACCHI- A. MORELLI-F. PIZZOLATO (a cura di), *Rappresentanza politica e autonomie*, Milano 2016, 113 ss.

40 In generale, sulla riforma del Titolo V, Parte seconda Cost., v., *ex multis*, A. CERRI, *Alla ricerca dei ragionevoli principi della riforma regionale*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 211; F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Aggiornamenti sulle riforme costituzionali (1998-2008)*, Torino, 2008; 3 S. STAIANO, *Le autonomie locali in tempo di recessione: emergenza e lacerazione del sistema*, in *www.federalismi.it*, 17-2012, 8 ss.; F. POLITI, *La ripartizione della potestà legislativa fra Stato e Regioni*. in F.P. TRASCI (a cura di), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Napoli, 2007, 55 ss.; G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Reg.*, 1-2001, 163 ss.; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002; A. ANZON, *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, 2003; S. BARTOLE-R. BIN-G. FALCON-R. TOSI, *Diritto regionale dopo le riforme*, Bologna, 2005; P. CARETTI, *Stato, regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2003; P. CAVALERI-E. LAMARQUE (a cura di), *L'attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge 'La Loggia' (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Torino, 2004; A. CELOTTO- A. SARANDREA, *Le funzioni amministrative*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V²*, Torino, 2003, 177 ss.; F. CUOCOLO, *Principi fondamentali e legislazione concorrente dopo la revisione del titolo V, Parte seconda, Costituzione*, in *Quad. reg.*, 3-2003, 721 ss.; T. GROPPI-M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V²*, Torino, 2003; V. PEPE, *La sussidiarietà nella comparazione giuridica. L'esperienza francese*, Napoli, 2002, 229 ss.; C. PETTERUTI, *Diritto dell'ambiente e dell'energia*, Napoli, 2020, 171.

41 Nella vasta letteratura v., *ex multis*, V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce sé stessa*, in *Riv. AIC*, 1-2013, 1 ss.; F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Pol. Dir.*, 3-2006, 385 ss.; F. BENELLI, *La "smaterializzazione delle materie". Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006; M. BELLETTI, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni e il superamento del riparto per materie*, in *Le Reg.*, 5-2006; R. BIN, *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, in *Le Reg.*, 4-2001, 627 ss.; A. D'ATENA, *Diritto regionale⁵*, cit., 146 ss. M. CARLI, *I limiti alla potestà legislativa regionale*, in *Le Reg.*, 6-2002, 1362 ss.; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale attua (ed integra) il Titolo V*, in *www.federalismi.it*, 12-2003, 5 ss.; M. LUCIANI, *Le nuove competenze*



In concreto, sulla base del testo costituzionale, la potestà legislativa in materia di energia spetta alle regioni⁴² che, però, devono rispettare i principi fondamentali della materia riservati alla legislazione statale⁴³.

*legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. 3-2001, in www.rivistaaic.it, 2002; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in www.forumcostituzionale.it; 2003; 2 ss.; L. PALADIN, *Problemi e strumenti attuativi di un possibile federalismo italiano*, in *Le Reg.*, 1996, pp. 609; F. PIZZETI, *Il federalismo e i recenti progetti di riforma del sistema regionale italiano*, in *Le Reg.*, 2-1995, 225 ss.; C. PINELLI, *I progetti di revisione del titolo V della Costituzione e il 'federalismo d'esecuzione'*, in *Le Reg.*, 1996, 215; G. PITRUZZELLA, *Municipalismo versus neoregionalismo*, in *Le Reg.*, 1995, 641; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1-2001, 13 ss.; G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Reg.* 6-2001, 1247 ss.; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto (nota a Corte Cost. sent. n. 6, 2004)*, in *Le Reg.*, 4-2004, 941 ss.; R. BIFULCO-A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art.117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivoivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia*, in www.forumcostituzionale.it, 2003, 2 ss.; M. RUOTOLO, *Il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, a dieci anni dalla riforma costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2011, 114 ss.; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009; S. GAMBINO, *Statuti, poteri e funzioni degli enti autonomi della Repubblica, fra riforme costituzionali e sussidiarietà*, in *Le Ist. Fed.*, 3-4-2009, 471 ss.*

42 B. CARAVITA, *Taking Constitution seriously*". *Federalismo e energia nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in www.federalismi.it, 2003, 3 ss. il quale correttamente osserva che "il legislatore costituzionale intendeva riferirsi al "governo dell'energia "quale settore complessivo e onnicomprensivo; e parlando di "nazionale" intendeva specificamente fare riferimento alla necessità e opportunità di coinvolgere le Regioni nel processo di attuazione delle politiche nazionali dell'energia. Allo Stato, nel suo raccordo con l'UE, le scelte strategiche (i "principi"), alle Regioni, nel loro raccordo con lo Stato, l'attuazione"; A. COLAVECCHIO, *Il nuovo (?) riparto di competenze Stato-Regioni nella materia "energia"*, in D. FLORENZANO-S. MANICA (a cura di), *Il governo dell'energia tra Stato e regioni*, Trento, 2009, 7 ss.; J. DI GESU', *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia dal primo regionalismo alla clausola di asimmetria*, in *Italian Papers of Federalism*, 2-2020, 4 ss.; E. DI SALVATORE, *La materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (Gennaio-Maggio 2010)*, in www.rivistaaic.it, 00-2010, 1 ss.; C. PELLEGRINO, *La materia energia quale esempio paradigmatico del controverso rapporto tra Stato e Regioni*, in www.federalismi.it, 19-2017, 9 ss.; E. SCIARRA, *La competenza concorrente Stato-regioni in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. Le dimensioni sincroniche del decentramento regionale e della ri-centralizzazione odierna*, in www.apertacontrada.it, 2 agosto 2017, 5 ss.

43 Sulla questione se l'interesse nazionale possa ancora essere un limite generale delle attribuzioni regionali, se sia destinato ad incidere, non sulla competenza, ma sui singoli atti d'esercizio della stessa v., *ex multiis*, A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973, 139 ss. Per la tesi dell'interesse nazionale, v. M. MAZZIOTTI, *Studi sulla potestà legislativa delle Regioni*, Milano, 1961, 194 ss.; in senso contrario v. A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, 1974, 121 ss.; R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Reg.*, 2001, 1213 ss.; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 5-2001, 194 ss.; P. CAVALERI, *La nuova autonomia legislativa delle regioni*, in *Foro it.*, 5-2001, 199 ss., 202. B. CARAVITA, *Taking Constitution seriously*".



È interessante capire come nasce la previsione di questa potestà legislativa regionale, posto che è vano ricercare nei lavori preparatori approfondimenti sulle ragioni di questa opzione costituzionale. La stessa previsione della norma costituzionale, del resto, è copiata alla lettera dalla legislazione Bassanini, senza approfondimento alcuno. In particolare la c.d. Bicamerale (Commissione parlamentare per le riforme costituzionali) presentava il 30 giugno 1997, alla Presidenza della Camera dei deputati e alla Presidenza del Senato della Repubblica, il Progetto di legge costituzionale che all'art. 59 recitava: "Spetta allo Stato la potestà legislativa in riferimento alla (...) produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia". Il testo, quindi, senza particolari approfondimenti, fu copiato nel 2001 dalla riforma Bassanini, con la sola aggiunta dell'espressione "nazionale" al termine distribuzione. Come è noto, la Bicamerale non riuscì ad approvare la riforma, che fu, invece, ripresentata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, già Presidente della Bicamerale, On. Massimo D'Alema il 18 maggio 1999 sotto la rubrica "Ordinamento federale della Repubblica". Questo Progetto all'art. 5 recitava: "Spetta allo Stato determinare con legge la disciplina generale relativa a produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia".

Quindi, in questo testo, si parla non più di potestà legislativa esclusiva dello Stato, ma solo del potere dello Stato di dettare con legge la "disciplina generale" dell'energia. Implicitamente la disciplina di dettaglio si poteva intendere assegnata alle regioni. Comunque la Commissione Affari costituzionali della Camera, in sede referente, iniziò l'esame del progetto nella seduta del 14 aprile 1999. L'11 novembre 1999 la Camera concluse l'esame del progetto che fu trasmesso all'Assemblea che, nella seduta del 20 settembre 2000, presentò, senza particolari approfondimenti, per l'approvazione un testo unificato corrispondente al testo attuale. La legislazione concorrente fu, quindi, per la prima volta introdotta in questo testo unificato previsto dall'Assemblea "non proposto né dalla Commissione", né dalla Bicamerale che non prevedeva la competenza ripartita-concorrente di Stato-regioni nella materia dell'energia, ma la sola competenza dello Stato.

Nel prevedere la legislazione concorrente, il testo attuale della Costituzione prevede un solo criterio necessario di ripartizione delle competenze di Stato e regioni, lì dove afferma che la potestà legislativa spetta alle regioni, ma nel rispetto "dei principi fondamentali". Il compito

Federalismo e energia nel nuovo Titolo V della Costituzione, in *www.federalismi.it*, 2003, 3 ss. il quale correttamente osserva che "il legislatore costituzionale intendeva riferirsi al "governo dell'energia" quale settore complessivo e onnicomprensivo; e parlando di "nazionale" intendeva specificamente fare riferimento alla necessità e opportunità di coinvolgere le Regioni nel processo di attuazione delle politiche nazionali dell'energia. Allo Stato, nel suo raccordo con l'UE, le scelte strategiche (i "principi"), alle Regioni, nel loro raccordo con lo Stato, l'attuazione"; E. DI SALVATORE, *Lo Stato e le Regioni nel groviglio della politica energetica nazionale*, in *Giur. cost.*, 6-2009, 5047 ss.



di individuare quali siano i principi fondamentali in materia di energia e quali siano le norme di dettaglio viene, quindi, lasciato agli interpreti e, in modo particolare, alla Consulta.

Soccorre, in qualche modo, la legislazione Bassanini (fine anni '90) coeva all'entrata in vigore della riforma costituzionale. Il d.lgs. n. 112 del 1998 agli artt. 29 e 30 presenta il quadro delle funzioni in materia di energia ripartite tra Stato e regioni, nel senso che sono individuate le sole funzioni amministrative in materia di energia il cui esercizio spetta allo Stato, laddove tutte le funzioni non nominate nell'art. 29 cit. spettano alle regioni. Ma si rifletta che nella riforma Bassanini le funzioni amministrative in materia di energia conferite alle regioni non erano completate da una correlata potestà legislativa, perché l'art. 2 della legge n. 59 del 1997 prevedeva espressamente che "la disciplina legislativa delle funzioni e dei compiti conferiti ai sensi della presente legge spetta alle regioni", solo "quando è riconducibile alle materie di cui all'art. 117, primo comma, della Costituzione". E il primo comma dell'art. 117 Cost. nel testo previgente non elencava la materia dell'energia tra le materie di competenze delle regioni. Quindi, anche se il ruolo legislativo attribuito alle regioni in materia di energia nella riforma del 2001, fu assente, ma il riparto tra Stato e regioni delle competenze amministrative in materia di energia fa la sua prima apparizione.

In ogni caso la giurisprudenza costituzionale⁴⁴, formatasi dopo l'entrata in vigore della riforma del 2001, ha ridotto la portata della potestà legislativa concorrente, in materia di

44 Corte costituzionale del 25 marzo 2022, n. 77; Corte costituzionale del 27 ottobre 2022, n. 221; Corte costituzionale del 23 marzo 2021, n. 46; Corte costituzionale del 21 aprile 2021, n. 177; Corte costituzionale del 5 giugno 2020, n. 106; Corte costituzionale del 23 dicembre 2019, n. 286; Corte costituzionale del 5 aprile 2018, n. 60; Corte costituzionale del 15 dicembre 2016, n. 267; Corte costituzionale del 15 dicembre 2016, n. 266; Corte costituzionale del 31 marzo 2015, n. 54; Corte costituzionale del 1 luglio 2015, n. 125; Corte costituzionale del 1 luglio 2015, n. 124; Corte costituzionale del 5 novembre 2015, n. 215; Corte costituzionale del 12 dicembre 2014, n. 278; Corte costituzionale del 9 maggio 2014, n. 119; Corte costituzionale del 27 gennaio 2014, n. 11; Corte costituzionale del 9 luglio 2013, n. 182; Corte costituzionale del 29 maggio 2013, n. 101; Corte costituzionale del 14 febbraio 2013, n. 24; Corte costituzionale del 7 novembre 2012, n. 275; Corte costituzionale del 20 luglio 2012, n. 201; Corte costituzionale del 22 luglio 2010, n. 278; Corte costituzionale del 15 luglio 2010, n. 254; Corte costituzionale del 11 maggio 2010, n. 194; Corte costituzionale del 26 febbraio 2010, n. 67; Corte costituzionale del 24 luglio 2009, n. 249; Corte costituzionale del 23 luglio 2009, n. 234; Corte costituzionale del 22 luglio 2009, n. 225; Corte costituzionale del 29 maggio 2009, n. 166; Corte costituzionale del 27 marzo 2009, n. 88; Corte costituzionale del 14 marzo 2008, n. 62; Corte costituzionale del 28 giugno 2006, n. 248; Corte costituzionale del 14 ottobre 2005, n. 383; Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 8; Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 7; Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 6; Corte costituzionale del 7 ottobre 2003, n. 307; Corte costituzionale del 26 giugno 2002, n. 282. Sulla competenza esclusiva del legislatore statale a dettare norme di principio volte a contemperare l'indispensabile coinvolgimento dei diversi livelli territoriali di governo con le ragionevoli esigenze di semplificazione amministrativa e di certezza circa la conclusione dei procedimenti che, rispondendo ad esigenze unitarie al fine della localizzazione degli



energia, depotenziando la potestà legislativa regionale e rafforzando, per converso, la potestà legislativa statale. Questo orientamento è apparso “nostalgico” della disciplina costituzionale previgente, che nello Statuto albertino e nel testo originario della Costituzione repubblicana del 1948 attribuiva, senza ombra di dubbio, la competenza legislativa esclusiva allo Stato in materia di energia. E i lavori preparatori della riforma del 2001, come si è detto, sono veramente privi di indicazioni.

Tale percorso giurisprudenziale è stato motivato, introducendo una serie di limiti “esterni” o “interni” alla potestà legislativa regionale, in materia di energia.

I limiti esterni, come è noto, sono: *a*) i «vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario» (art. 117, comma 1, Cost.)⁴⁵; *b*) il vincolo della «tutela dell’unità economica» (art. 120, comma 2, Cost.), garantito dalla previsione del potere sostitutivo del Governo nei confronti delle Regioni; *c*) il vincolo della «libera circolazione delle persone e delle cose» (art. 120, comma 1, Cost.), che è stato inteso come applicantesi anche all’energia, in quanto servizio⁴⁶.

Venendo all’esame dei “limiti interni” alla potestà legislativa concorrente la Consulta ha adottato, in materia di energia, tutti i criteri, in astratto, configurabili per risolvere i conflitti di legislazione plurilivello.

Dall’esame delle singole sentenze della Corte emerge, altresì, che la Consulta ha fatto ricorso, per limitare l’ambito della potestà legislativa regionale, non solo alla “dilatazione” dei cc.dd. principi fondamentali, ma anche ad altri criteri per raggiungere lo stesso risultato. In particolare, i criteri adottati dalla Corte sono stati i seguenti: *a*) la trasversalità di una serie di materie di competenza statale, prima fra tutte, l’ambiente, che intersecano la materia

impianti di interesse nazionale, devono essere garantite in modo uniforme sull’intero territorio dello Stato (v., in particolare, tra le tante, sentenze n. 364 del 2006, n. 383 e n. 336 del 2005).

45 S. CASSESE, *L’energia elettrica nella legge costituzionale*, cit., 5, osserva che questi limiti sono particolarmente rilevanti non solo perché la normativa comunitaria in materia di energia è molto importante, ma anche perché il nuovo art. 120, comma 2, Cost. prevede un potere sostitutivo del Governo nei confronti delle Regioni «in caso di mancato rispetto ... della normativa comunitaria».

46 A. COLAVECCHIO, *Il nuovo (?) riparto di competenze Stato-Regioni nella materia “energia”*, cit., 9.



dell'energia⁴⁷; b) la natura unitaria della materia dell'energia⁴⁸; c) il principio di sussidiarietà ascendente tra livello regionale e livello statale⁴⁹; d) il parallelismo inverso delle funzioni

47 Corte costituzionale del 27 luglio 2023, n. 173; Corte costituzionale del 24 luglio 2023, n. 160; Corte costituzionale del 10 maggio 2022, n. 117; Corte costituzionale del 21 luglio 2020, n. 155; Corte costituzionale del 24 marzo 2017, n. 59; Corte costituzionale del 7 luglio 2016, n. 158; Corte costituzionale del 3 dicembre 2015, n. 245; Corte costituzionale del 4 giugno 2014, n. 158; Corte costituzionale del 10 aprile 2014, n. 85; Corte costituzionale del 1 aprile 2014, n. 64; Corte costituzionale del 25 febbraio 2014, n. 28; Corte costituzionale del 27 gennaio 2014, n. 11; Corte costituzionale del 11 dicembre 2013, n. 298; Corte costituzionale del 9 luglio 2013, n. 182; Corte costituzionale del 5 giugno 2013, n. 117; Corte costituzionale del 12 aprile 2013, n. 64; Corte costituzionale del 20 luglio 2012, n. 201; Corte costituzionale del 13 luglio 2011, n. 205; Corte costituzionale del 11 novembre 2010, n. 315; Corte costituzionale del 4 giugno 2010, n. 193; Corte costituzionale del 2010, n. 254; Corte costituzionale del 5 marzo 2009, n.61; Corte costituzionale del 18 gennaio 2008, n. 1; Corte costituzionale del 14 novembre 2007, n. 380; Corte costituzionale del 14 novembre 2007, n. 378; Corte costituzionale del 14 dicembre 2006, n. 411 (in materia di ordinamento civile); Corte costituzionale del 1 dicembre 2006, n. 398 (in materia di tutela dell'ambiente); Corte costituzionale del 15 luglio 2005, n. 282 (in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e i diritti sociali); Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 14 (in materia di concorrenza); Corte costituzionale del 21 ottobre 2003, n. 313 (in materia di ordine pubblico e sicurezza); Corte costituzionale del 2003, n. 226; Corte costituzionale del 2002, n. 536. V., in dottrina, C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*⁶, Napoli, 2020, 250 ss.

48 Corte costituzionale del 24 luglio 2023, n. 160; Corte costituzionale del 20 dicembre 2022, n. 259; Corte costituzionale del 10 maggio 2022, n. 117; Corte costituzionale del 11 novembre 2010, n. 313; Corte costituzionale del 30 dicembre 2009, n. 339; Corte costituzionale del 6 novembre 2009, n. 282; Corte costituzionale del 18 gennaio 2008, n. 1; Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 8; Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 7; Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 6; Corte costituzionale del 26 giugno 2002, n. 282; Corte costituzionale del 27 marzo 2003, n. 88; Corte costituzionale del 13 gennaio 2002, n. 407.

49 Corte costituzionale del 5 novembre 2021, n. 209; Corte costituzionale del 23 luglio 2021, n. 168; Corte costituzionale del 12 marzo 2021, n. 37; Corte costituzionale del 11 marzo 2021, n. 35; Corte costituzionale del 28 luglio 2020, n. 169; Corte costituzionale del 6 luglio 2020, n. 138; Corte costituzionale del 25 novembre 2016, n. 249; Corte costituzionale del 14 ottobre 2005, n. 383; Corte costituzionale del 1 ottobre 2003, n. 303. In dottrina v. l'analisi efficiente di S. STAMMATI, *Il principio di sussidiarietà fra passato e presente*, in *Dir. Soc.*, 2-3-2011, 337 ss.



amministrative e legislative⁵⁰; e) il criterio della prevalenza nel bilanciamento, tra funzioni unitarie e funzioni regionali in materia di energia, etc.⁵¹.

Dal canto suo il Parlamento, nel tempo, è andato emanando una serie di leggi di principio, in qualche modo all'ombra della giurisprudenza costituzionale, che ha consentito, talora, allo Stato di travalicare il confine mobile dei principi fondamentali, individuando in essi anche regole sostanziali di dettaglio. In ogni caso giova ricordare che la legislazione di principio è rinvenibile per la materia dell'energia nella legge n. 481 del 1995 - per l'energia elettrica ed il gas -, nel d.lgs. n. 79 del 1999 - per l'energia elettrica -, nel d.lgs. n. 164 del 2000 - per il gas

50 In particolare la Corte Costituzionale nella sentenza del 1 ottobre 2003, n. 303 afferma che: “nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principî giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica. Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, primo comma, Cost., il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida, come si chiarirà subito appresso, la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principî di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. È del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come *subsidiium* quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi 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 affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto”.

51 Corte costituzionale del 25 giugno 2015, n. 117; Corte costituzionale del 11 luglio 2014, n. 197; Corte costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 275; Corte costituzionale del 11 ottobre 2012, n. 224; Corte costituzionale del 15 giugno 2011, n. 192; Corte costituzionale del 1 aprile 2010, n. 124; Corte costituzionale del 6 novembre 2009, n. 282. In particolare, la Corte Costituzionale nella sentenza del 27 marzo 2009, n. 88 afferma che nel caso esaminato nel quale “l'allocazione della funzione amministrativa che abbia per oggetto materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato non può spettare, infatti, che alla legge statale, la quale vi provvederà in conformità all'art. 118 della Costituzione (sentenza n. 69 del 2004; sentenza n. 43 del 2004); in tal caso, la Costituzione non impone in linea di principio l'adozione dei meccanismi di leale collaborazione, che vanno necessariamente previsti, viceversa, solo quando vi sia una “concorrenza di competenze” nazionali e regionali ove “non possa ravvisarsi la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri” (sentenza n. 219 del 2005). In dottrina v. F. BENELLI-R.BIN, *Prevalenza è rimaterializzazione delle materie*: scacco matto alle Regioni, in *Le Regioni*, 6-2009, 1185 ss.; S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Dir. reg.*, 3-2020, 215 ss.; C. MAIANARDIS, in R. BIN-G. FALCON (a cura di), *Diritto Regionale*, Bologna, 2018, 259 ss.



naturale -, nel d.lgs. n. 625 del 1996 - per gli idrocarburi -, nonché nella legge n. 239 del 2004 - per il settore energetico nel suo complesso-. E', però, auspicabile che il Parlamento si decida a determinare, con legge cornice, i principi fondamentali in materia di energia per porre fine o quanto meno ridurre il contenzioso costituzionale attuale attivato, volta per volta, dallo Stato o dalle regioni.

6. - Spunti della giurisprudenza costituzionale favorevoli ad un maggiore spazio della potestà legislativa regionale.

L'orientamento ricordato, della Corte costituzionale e, sulla sua scia, della dottrina limitativo della potestà legislativa regionale in materia di energia ha, in un certo senso, offuscato le ragioni, pure indicate dalla Consulta, in numerose altre sentenze di ispirazione federalista, che sembrano cadute un po' nel cono dell'ombra dalla dottrina, che pure lamenta un eccessivo regionalismo nella giurisprudenza costituzionale.

È possibile, allora, a mio sommosso avviso, individuare, nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, una serie di decisioni che sostanzialmente sembrano attenuare o addirittura limitare la sostanza delle sentenze di ispirazione regionalista.

L'esame di questa giurisprudenza costituzionale consente di rafforzare l'opinione autorevole⁵² secondo la quale è opportuno ridurre la potestà legislativa statale in materia di energia, nei confini stretti dei principi fondamentali, indicati dalla riforma, onde la potestà legislativa regionale può essere riconosciuta almeno in ordine alle centrali idroelettriche ed alle energie rinnovabili. L'esame delle singole sentenze sembra avvalorare questa opinione ricordata.

Ma nella lettura di queste sentenze occorre partire da due principi enunciati dalla Consulta proprio in tema di legislazione concorrente nella materia dell'energia.

Il primo principio è che, in materia di legislazione concorrente, la collaborazione tra Stato e regioni non coinvolge il livello legislativo delle competenze, nel senso che la leale collaborazione non rende disponibili le competenze rispettivamente dello Stato e delle regioni, in guisa che, per spirito di leale collaborazione, le regioni non possono abdicare alla loro competenza legislativa a favore dello Stato e, viceversa, lo Stato non può restringere, per "spirito di leale collaborazione", la propria competenza legislativa a favore delle regioni. Ciò perché le attività di leale collaborazione

52 S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, cit., 6 osserva efficacemente che la contraddizione della potestà legislativa concorrente Stato-regioni nella materia dell'energia può essere superata con due soluzioni: a) cogliere l'occasione della (possibile) ulteriore riforma dell'art. 117, per trasferire le materie indicate dalla legislazione concorrente a quella esclusiva; b) ampliare l'ambito dei principi fondamentali posti dallo stato. A favore di questa soluzione, osserva l'autore, stanno sia la circostanza che così è stato frequentemente fatto nel passato sia la circostanza che la materia dell'energia è sottoposta a forti vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.



sono e rimangono attività di natura amministrativa. Ne consegue che la collaborazione deve avvenire, per la Consulta, rispettando ognuna delle parti la propria competenza legislativa.

Il secondo principio, che si collega strettamente al primo, è che occorre distinguere i principi fondamentali di cui all'art. 117 Cost. dalle linee guida che in materia di energia sono frequenti, essendo poste in essere sia dallo Stato sia dalle regioni. Le cc.dd. "linee guida" hanno, infatti, valore non legislativo, ma regolamentare e, quindi, possono essere materia di leale collaborazione tra Stato e regioni perché, per la loro stessa natura, non attingono al livello legislativo, ma solo regolamentare, onde non sussiste il pericolo che sia coinvolto il livello legislativo delle competenze⁵³. Solo quando, però, le "linee guida" siano strettamente integrative di una disposizione di legge, fino a farne parte, le stesse perdono la loro rilevanza meramente regolamentare per essere assorbite dalla superiore fonte legislativa della quale fanno parte integrante ad ogni effetto⁵⁴.

Questi principi appaiono fondamentali per la lettura di queste sentenze di interpretazione federalista.

La sentenza n. 282 del 2002 afferma che al fine di verificare se la legislazione regionale rispetti i limiti della competenza regionale si deve muovere non tanto dalla ricerca di uno specifico titolo costituzionale di legittimazione della potestà regionale, quanto, al contrario, della individuazione delle competenze statali in generale, essendo la normativa dell'energia di competenza regionale, salvo il rispetto dei principi fondamentali previsti dallo Stato. E, poiché i "principi fondamentali" hanno natura elastica la stessa Corte avverte il pericolo che il legislatore statale faceva apparire come legislazione di principio una legislazione statale sostanzialmente di dettaglio. Nella sentenza n. 278 del 2010 la Consulta è arrivata ad affermare, in modo inequivocabile, che la legislazione statale è illegittima quando introduce "principi fondamentali" che si risolvono in una normativa dettagliata e specifica, in materia di energia, che non lascia alcuno spazio al legislatore regionale, violando, così, l'articolo 117, comma 3, Cost. che attribuisce alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni la materia dell'energia.

Altre sentenze della Consulta, poi, ridimensionano la nozione di "unitarietà nazionale" della materia dell'energia⁵⁵. E, così, le sentenze nn. 6, 7 e 8 del 2004 della Corte costituzionale pongono

53 Corte costituzionale del 19 giugno 2019, n. 148; Corte costituzionale del 5 aprile 2018, n. 69; Corte costituzionale del 20 aprile 2012, n. 99.

54 Corte costituzionale del 3 aprile 2023, n. 58; Corte costituzionale del 25 marzo 2022, n. 77; Corte costituzionale del 20 gennaio 2022, n. 11, Corte costituzionale del 30 luglio 2021, n. 177; Corte costituzionale del 23 marzo 2021, n. 46; Corte costituzionale del 5 giugno 2020, n. 106; Corte costituzionale del 23 dicembre 2019, n. 286; Corte costituzionale del 15 aprile 2019, n. 86.

55 In questo senso v. A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale*, in *Quad. cost.*, 2-2001, 345 ss.; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a Statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in *Lavoro nelle p.a.*, suppl. 1- 2002, 13.



un freno all'orientamento che riconosce la piena potestà legislativa statale in nome di "esigenze tecniche unitarie" del settore energetico. Vediamo come in tema di programmazione.

Nello scontro tra la tendenza del legislatore statale a disciplinare l'intera programmazione della rete nazionale dell'energia elettrica, da un lato, e del legislatore regionale, dall'altro, a conservare uno spazio di potestà legislativa per disciplinare piani energetici regionali e, in ogni caso, per adeguare la rete energetica alle esigenze dei territori, la Consulta afferma che il legislatore regionale deve essere consultato da parte dei competenti organi nazionali⁵⁶. E le regioni, in tale ambito, possono, da un lato, proporre le linee guida che dettano criteri di progettazione tecnica degli impianti di produzione e distribuzione dell'energia, nel rispetto dei principi fondamentali e, dall'altro, prevedere oneri "aggiuntivi", rispetto a quelli individuati dalle "regole tecniche" adottate dal gestore nazionale, fermo restando che i criteri regionali dovranno comunque uniformarsi agli *standards* stabiliti dal legislatore statale. A loro volta, le esigenze di unitarietà della rete sono salvaguardate se le linee guida regionali non si pongono in contrasto con le "regole tecniche nazionali". È chiaro, qui, l'intendimento della Corte che "unitarietà", non significa "unicità" della programmazione.

Venendo, poi, al procedimento per la consultazione delle regioni da parte dello Stato è opportuno ricordare quelle sentenze⁵⁷ che hanno gradualmente "depotenziato" il principio che individua l'organo adeguatamente rappresentato dalle Regioni nella Conferenza Unificata Stato-Regioni *ex art. 8 d.lgs del 1987 n. 281* e che ritiene completamente assolto l'obbligo di

56 Corte costituzionale del 20 gennaio 2022, n. 11; Corte costituzionale del 30 luglio 2021, n. 177; Corte costituzionale del 22 luglio 2021, n. 161; Corte costituzionale del 23 marzo 2021, n. 46; Corte costituzionale del 5 giugno 2020, n. 106; Corte costituzionale del 1 luglio 2016, n. 156; Corte costituzionale del 23 dicembre 2019, n. 286; Corte costituzionale del 15 aprile 2019, n. 86; Corte costituzionale del 5 aprile 2018, n. 69; Corte costituzionale del 13 aprile 2017, n. 84; Corte costituzionale del 30 gennaio 2014, n. 13; Corte costituzionale del 29 maggio 2013, n. 102; Corte costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 275; Corte costituzionale del 11 ottobre 2012, n. 224; Corte costituzionale del 20 aprile 2012, n. 99; Corte costituzionale del 11 novembre 2011, n. 308; Corte costituzionale del 15 giugno 2011, n. 192; Corte costituzionale del 12 maggio 2011, n. 165; Corte costituzionale del 26 novembre 2010, n. 344; Corte costituzionale del 24 giugno 2010, n. 224; Corte costituzionale del 6 maggio 2010, n. 168; Corte costituzionale del 6 novembre 2009, n. 282; Corte costituzionale del 23 luglio 2009, n. 232; Corte costituzionale del 29 maggio 2009, n. 166; Corte costituzionale del 9 novembre 2006, n. 364; Corte costituzionale del 14 ottobre 2005, n. 383; Corte costituzionale del 7 novembre 1994, n. 379; Corte costituzionale del 30 dicembre 1987, n. 617; Corte costituzionale del 29 aprile 1982, n. 83.

57 ? Corte costituzionale del 27 luglio 2023, n. 173; Corte costituzionale del 14 gennaio 2016, n. 1; Corte costituzionale del 2 luglio 2014, n. 189; Corte costituzionale del 1 marzo 2013, n. 31; Corte costituzionale del 11 luglio 2012, n. 179; Corte costituzionale del 12 ottobre 2011, n. 263; Corte costituzionale del 15 giugno 2011, n. 192; Corte costituzionale del 1 aprile 2010, n. 124; Corte costituzionale del 26 marzo 2010, n. 121; Corte costituzionale del 6 febbraio 2007, n. 24; Corte costituzionale del 9 novembre 2006, n. 364; Corte costituzionale del 29 gennaio 2005, n. 62; Corte costituzionale del 27 luglio 2005, n. 339; Corte costituzionale del 14 ottobre 2005, n. 383; Corte costituzionale del 13 gennaio 2004, n. 6; Corte costituzionale del 16 giugno 2005, n. 236.



coinvolgimento delle regioni nel procedimento legislativo statale attraverso il parere chiesto a tale organo⁵⁸.

La sentenza n. 383 del 2005 rileva che la potestà legislativa concorrente non può tradursi, e meno che mai esaurirsi nell'acquisizione di un parere alla Conferenza Stato-Regioni, essendo necessario che l'intesa non sia "debole", ma forte nel senso che occorre il consenso e non un mero parere e, non soltanto della Conferenza, ma della singola regione interessata per superare lo scrutinio di legittimità costituzionale della potestà legislativa concorrente in materia di energia (sentenza n. 278 del 2010).

Del resto anche in relazione alla programmazione nazionale energetica, ove i suddetti limiti della potestà legislativa regionale dovrebbero operare, la Consulta offre decisioni di grande apertura in senso federalista. Le sentenze nn. 246 del 2006 e 248 del 2006 riconoscono ampi spazi di intervento nella disciplina della programmazione energetica. In questo caso la regione Emilia-Romagna aveva disciplinato "gli atti di programmazione e gli interventi operativi della Regione e degli enti locali in materia di energia, in conformità a quanto previsto dall'articolo 117, comma terzo, della Costituzione, al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile del sistema energetico regionale garantendo che vi sia una corrispondenza tra energia prodotta, il suo uso razionale e la capacità di carico del territorio e dell'ambiente» (art. 1, comma 1)". La Consulta qui apre ad una programmazione che, pur essendo nazionale, dia spazio alla programmazione regionale "compatibile" con la programmazione nazionale, nel senso che la Consulta ritiene sufficiente che la legge regionale nell'indicare il fabbisogno regionale di energia, tenga conto del quadro nazionale e delle esigenze della rete unica nazionale. E la Corte osserva che proprio la legge statale n. 239 del 2004 riserva "espressamente anche alle Regioni e non solo allo Stato il compito di garantire l'adeguatezza delle attività energetiche strategiche di produzione, trasporto e

58 R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 3-2017, 4 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy clause sono davvero perfettamente equivalenti?* in *Giur. cost.*, 2003, 2791; A. GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, in *Giur. cost.*, 2003, 2805; A. D'ATENA, *L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2003, 2776; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 2003, 2782; F. BILANCIA, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la "perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari"*, in *Giur. cost.*, 2004, 137; R. DICKMANN, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità ed il principio dell'intesa per un corretto metodo della legislazione statale di attrazione di funzioni amministrative regionali*, in *Corr. giur.*, 2004, 41; A. CELOTTO, *La Corte rende flessibile la distribuzione delle competenze legislative fra Stato e Regioni*, in *Riv. giur.*, 2004, 52; G. D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in *www.questionegiustizia.it*, gennaio 2017, 2 ss.; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e "strict scrutiny"*, in *Le Reg.*, 2004, 587; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Reg.*, 2004, 578; I. MASSA PINTO, *Nota in margine della sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale: una "opinione concorrente"*, in *Giur. it.*, 2004, 1568; G. RAZZANO, *La "reinterpretazione" della sussidiarietà nella recente giurisprudenza costituzionale, con particolare riguardo alle novità introdotte dalla sentenza n. 303/2003*, in *Giur. it.*, 2005, 201.



stoccaggio per assicurare adeguati *standard* di sicurezza e di qualità del servizio” (Corte costituzionale n. 246 del 2006).

In altre sentenze ancora la Corte costituzionale vede con *favor* particolare tutte le leggi regionali in materia di energia che si pongono come obiettivo la tutela di valori connessi alla materia dell’ambiente⁵⁹.

In particolare, per la Consulta⁶⁰, la norma regionale, anche se reca una programmazione regionale dell’energia, non invade l’ambito di competenza riservato al legislatore statale in materia di ambiente, perché non prescrive autonomi *standard* di progettazione ambientale. E, infatti, molte competenze della legislazione regionale nella materia dell’energia sono perfettamente compatibili con la programmazione nazionale, come per esempio, le competenze regionali in materia di educazione ed informazione, di attività di pianificazione urbanistica e territoriale volte ad assicurare il contenuto di consumi energetici etc. Sembra, allora, di capire che, secondo la Corte costituzionale, l’attività di programmazione energetica unitaria può essere insieme nazionale e regionale e deve rispettare, in un contesto armonico e razionale, i ruoli reciproci di Stato e regioni per consentire alla realtà regionale di ottenere un’adeguata fornitura di energia, nella misura in cui non siano pregiudicati gli assetti programmatori nazionali del settore.

Infine merita attenzione il profilo della programmazione finanziaria in materia di energia⁶¹. Nell’ambito delle agevolazioni e incentivazioni alle imprese private ed ai consumatori nel settore

59 Corte costituzionale del 23 febbraio 2023, n. 27; Corte costituzionale del 25 marzo 2022, n. 77; Corte costituzionale del 20 gennaio 2022, n. 11; Corte costituzionale del 30 luglio 2021, n. 177; Corte costituzionale del 2 dicembre 2020, n. 258; Corte costituzionale del 13 novembre 2020, n. 237; Corte costituzionale del 5 giugno 2020, n. 106; Corte costituzionale del 27 dicembre 2019, n. 286; Corte costituzionale del 11 dicembre 2019, n. 258; Corte costituzionale del 17 aprile 2019, n. 86; Corte costituzionale del 26 luglio 2018, n. 177; Corte costituzionale del 11 luglio 2018, n. 151; Corte costituzionale del 11 luglio 2018, n. 150; Corte costituzionale del 24 febbraio 2017, n. 39; Corte costituzionale del 10 giugno 2016, n. 131; Corte costituzionale del 16 luglio 2014, n. 199; Corte costituzionale del 30 gennaio 2014, n. 13; Corte costituzionale del 17 dicembre 2013, n. 307; Corte costituzionale del 11 dicembre 2013, n. 298; Corte costituzionale del 9 luglio 2013, n. 182; Corte costituzionale del 5 giugno 2013, n. 117; Corte costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 275; Corte costituzionale del 11 ottobre 2012, n. 224; Corte costituzionale del 20 aprile 2012, n. 99; Corte costituzionale del 12 aprile 2012, n. 85; Corte costituzionale del 22 dicembre 2011, n. 339; Corte costituzionale del 11 novembre 2011, n. 308; Corte costituzionale del 15 giugno 2011, n. 192; Corte costituzionale del 12 maggio 2011, n. 165; Corte costituzionale del 1 aprile 2011, n. 107; Corte costituzionale del 22 dicembre 2010, n. 366; Corte costituzionale del 1 aprile 2010, n. 124; Corte costituzionale del 26 marzo 2010, n. 119; Corte costituzionale del 6 novembre 2009, n. 282; Corte costituzionale del 30 luglio 2009, n. 252; Corte costituzionale del 22 luglio 2009, n. 226; Corte costituzionale del 7 novembre 2007, n. 367; Corte costituzionale del 9 novembre 2006, n. 364.

60 Corte costituzionale del 14 novembre 2006, n. 248.

61 Corte costituzionale del 28 giugno 2006, n. 248; Corte costituzionale del 5 aprile 2018, n. 69; Corte costituzionale del 15 aprile 2019, n. 86; Corte costituzionale del 23 dicembre 2019, n. 286; Corte



energetico, si è posto il problema se lo Stato possa, con una propria legge, prevedere fondi “a destinazione vincolata” in materia di energia, relativi ad ambiti di competenza regionale, nonostante la potestà legislativa concorrente delle regioni in tema di energia.

La Consulta, pur riconoscendo che, in materia di finanziamenti statali del settore energetico, non è agevole individuare la “materia prevalente”, ha affermato che la potestà legislativa concorrente è rispettata se la legge statale di finanziamento sia l’oggetto di una intesa non in senso “debole”, ma in senso “forte” con le regioni, richiedendosi, nel rispetto della pari dignità legislativa, il consenso della singola regione interessata e non il mero parere della Conferenza unificata Stato-regioni.

7. - Le ragioni sostanziali della evoluzione della interpretazione della disciplina alla luce della storia reale dell’energia.

L’analisi svolta sin qui ha evidenziato che nella stessa giurisprudenza costituzionale in materia di energia è dato rinvenire più di un’apertura in senso federalista a favore della autonoma potestà legislativa delle regioni.

Ma tale evoluzione si accompagna ad un’altra evoluzione che concerne la materia stessa dell’energia, oggetto della disciplina costituzionale, rispetto al passato.

L’800 e il ’900 sono stati i secoli del carbone fossile e del petrolio. Sta di fatto che l’Italia era ed è povera, sia di carbone fossile, sia di petrolio che è importato dall’estero. Il governo del petrolio e del carbone fossile si prestavano bene, per questo motivo, ad essere regolati da una potestà legislativa esclusivamente statale, essendo evidente che l’acquisto di carbone fossile e di petrolio dall’estero imponeva una vera e propria programmazione nazionale. Insomma non era immaginabile che ogni regione provvedesse all’acquisto del petrolio e del carbone fossile dall’estero per le proprie esigenze, a tacer d’altro, per evidenti esigenze di economia di scala.

Oggi il nuovo millennio, su impulso dell’Unione europea, si apre nel segno della “decarbonizzazione” delle fonti di energia, nella prospettiva di una transizione energetica, che fa decisamente rotta verso fonti di energia, parzialmente o totalmente rinnovabili⁶².

costituzionale del 5 giugno 2020, n. 106; Corte costituzionale del 23 marzo 2021, n. 46; Corte costituzionale del 20 gennaio 2022, n. 11; Corte costituzionale del 23 febbraio 2023, n. 27.

62 L. ANTONINI, *Commento Art. 117 Cost.*, cit., 2229 ss. il quale osserva che con la “riforma Bassanini” non solo è stato rovesciato il criterio di allocazione delle funzioni amministrative, volgendo la residualità a favore degli enti territoriali, ma sono stati anche indicati i principi di differenziazione, sussidiarietà e adeguatezza, come criteri diretti a guidare i conferimenti di funzioni. Questo processo di federalismo amministrativo ha superato le coordinate che avevano, in passato, arenato le regioni: i limitati poteri concessi alle stesse e la logica dell’uniformità. Infatti il sistema disegnato dalla “riforma Bassanini” non solo ha attribuito funzioni amministrative in materie come l’energia ma ha anche assunto come referenti non più enti omologati per categorie astratte, bensì soggetti effettivamente in grado di esercitare le nuove funzioni. La legislazione regionale sviluppando questo principio disegnato, in particolare, dalla legge n. 59 del 1997 ha, poi, con il d.lgs. n. 112 del 1998 introdotto una “politica delle differenze” idonee a tradursi anche in termini di maggiore efficacia per le funzioni trasferite. Il nuovo



È interessante, allora, comprendere come la normativa formale, in tema di legislazione concorrente Stato-regioni, in materia di energia, non possa ignorare la “natura delle cose”, quanto a dire, debba essere “figlia” della evoluzione storica della materia.

È vero che la Corte costituzionale, chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale delle leggi statali e delle leggi regionali in materia di energia, si è ispirata, specialmente in passato, ad un orientamento sostanzialmente regionalista, in qualche modo “nostalgico” del passato regime costituzionale. Ma la sostanza della materia si è, per così dire, ribellata alla “forma statale”. E la prima a rilevare questo fenomeno è stata proprio la Consulta che ha sempre concepito la norma costituzionale, per usare l’immagine di Calamandrei, come “presbite” e non “miope”.

Tutte quelle sentenze della Corte “ripescate” e sopra ricordate mi sembra che facciano emergere una maggiore apertura alla potestà legislativa concorrente. Ma non basta. La lettura della materia e, cioè, la lettura di quella che Cesare Vivante avrebbe chiamato la “natura delle cose”, illumina, in senso evolutivo, l’interpretazione delle regole formali.

Appare, allora, di particolare rilievo l’orientamento della Corte costituzionale ad es. in materia di energia nucleare⁶³ e, poi, il nuovo quadro attuale della materia dell’energia che è molto diverso dal passato. In altre parole quando una materia, nella sua evoluzione storica, presenta nuovi profili il giurista non può prescindere dalla natura delle cose.

Vengono, allora, all’esame, da un lato, l’energia nucleare e, dall’altro, tutto il fronte della transizione energetica che indica, senza incertezze, auspice l’Unione europea, il “millennio delle energie rinnovabili”

assetto di federalismo amministrativo, tuttavia, rischiava di aver spostato il baricentro tra unità e decentramento disegnato al di fuori dei principi posti dalla Costituzione del 1947. Successivamente il federalismo amministrativo, tra forti polemiche, nella XIII Legislatura è stato integrato con il federalismo legislativo introdotto dal nuovo art 117 Cost., senza superare le indispensabili sedi di raccordo politico, tipiche di ogni analogo sistema federale, superando l’ormai obsoleto bicameralismo paritario italiano. L’A. osserva, allora, che il notevole contenzioso costituzionale e le posizioni oscillanti cui è stata costretta la Consulta nei primi anni di vita della riforma del Titolo V hanno messo in evidenza la cifra dei suoi difetti, nonostante l’indispensabilità della riforma.

63 Corte costituzionale del 1 giugno 2018, n. 117; Corte costituzionale del 5 giugno 2013, n. 117; Corte costituzionale del 15 marzo 2013, n. 39; Corte costituzionale del 11 luglio 2012, n. 179; Corte costituzionale del 20 aprile 2012, n. 99; Corte costituzionale del 11 novembre 2011, n. 308; Corte costituzionale del 11 aprile 2011, n. 107; Corte costituzionale del 2 febbraio 2011, n. 33; Corte costituzionale del 26 novembre 2010, n. 344; Corte costituzionale del 17 novembre 2010, n. 331; Corte costituzionale del 22 luglio 2010, n. 278; Corte costituzionale del 4 giugno 2010, n. 194; Corte costituzionale del 16 maggio 2010, n. 168; Corte costituzionale del 1 aprile 2010, n. 124; Corte costituzionale del 26 marzo 2010, n. 121; Corte costituzionale del 26 marzo 2010, n. 119; Corte costituzionale del 6 novembre 2009, n. 282; Corte costituzionale del 9 novembre 2006, n. 364; Corte costituzionale del 28 giugno 2006, n. 247; Corte costituzionale del 14 ottobre 2005, n. 383; Corte costituzionale del 29 gennaio 2005, n. 62.



La sentenza della Consulta del 27 luglio 2010, n.278 è favorevole alla produzione dell'energia nucleare, nonostante l'esito positivo del referendum popolare abrogativo della relativa normativa statale, perché esprime una chiara presa di posizione, quanto meno in via di principio, a favore dell'energia, attribuita alla legislazione concorrente, rispetto all'ambiente di competenza statale⁶⁴ Nella fattispecie numerose Regioni (Toscana, Umbria, Liguria, Puglia, Basilicata, Piemonte, Lazio, Calabria, Marche, Emilia Romagna, Molise) avevano richiesto lo scrutinio di costituzionalità della Consulta in ordine all'art. 25, commi 1 e 2, lett. a), f), g), h), l) e q), della l. 29 luglio 2009, n. 99 che delegava il Governo "ad emanare uno o più decreti legislativi di riassetto normativo recanti la disciplina della localizzazione nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché dei sistemi per il deposito definitivo dei materiali e rifiuti radioattivi e per la definizione delle misure compensative da corrispondere e da realizzare in favore delle popolazioni interessate". In presenza di rifiuti radioattivi pericolosi l'Avvocatura dello Stato si era opposta alla tesi delle Regioni, che invocavano la potestà legislativa concorrente in materia di energia, ancorché nucleare, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost.

La Consulta è stata di diverso avviso, ritenendo presente la materia dell'energia. A tale conclusione la Consulta perviene attraverso due sostanziali motivazioni.

La prima motivazione è che la natura nucleare dell'energia non modifica la competenza legislativa concorrente prevista dall'art. 117 Cost. nella materia della "produzione dell'energia" perché non rileva la fonte dell'energia ai fini del riparto delle competenze. In realtà, se la Consulta avesse dato rilievo all'origine nucleare dell'energia avrebbe, poi, dovuto applicare il criterio di prevalenza in senso "ascendente" e non "discendente". Invece, secondo la Consulta, "non merita accoglimento, la tesi della ricorrente Avvocatura dello Stato, secondo la quale "le peculiarità proprie della fonte nucleare, anche con riguardo ai profili del «cambiamento climatico, della sicurezza dell'approvvigionamento e della competitività del sistema produttivo», imporrebbero di riconoscere in materia la confluenza di una serie di competenze legislative esclusive dello Stato, con la conseguente sottrazione della disciplina del settore alla materia della produzione dell'energia". Secondo la Consulta, infatti, "una scelta a favore dell'energia non solo non trova riscontro nell'art. 117, terzo comma, Cost., che non reca affatto tale distinzione" (*id. est.* tra "energia" e "energia nucleare",) "ma viene anche smentita dal significato assunto dall'espressione "energia" nell'ambito della stessa legislazione ordinaria". Il principio di diritto affermato dalla Corte costituzionale è che la natura nucleare dei rifiuti non modifica il *genus* cui appartengono ed il loro carattere

64 M. CECCHETTI, *La Corte «in cattedra»! Una emblematica «sentenza-trattato» che si proietta ben oltre le contingenti vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame*, in *Le Reg.* 5-2011, 1064 ss.



energetico. Si osserva che mentre la “fonte nucleare del rifiuto radioattivo” non rileva, ai fini della qualificazione del rifiuto come “energetico”. Conseguente che la “fonte energetica del rifiuto” rileva, invece, ai fini della qualificazione della materia dei rifiuti radioattivi come attinente non alla tutela dell’ambiente ma alla produzione dell’energia.

La seconda motivazione adottata dalla Corte si fonda sull’affermazione del principio di diritto secondo il quale le disposizioni impugnate, relative ai sistemi di stoccaggio dei “rifiuti radioattivi”, “incidono essenzialmente sugli interessi relativi alla materia concorrente della produzione dell’energia, poiché esprimono la scelta del legislatore statale di rilanciare l’importante forma di approvvigionamento energetico costituita dalla utilizzazione dell’energia nucleare e, quindi, di adottare nuovi principi fondamentali, adeguati alle evidenti specificità di questo settore”. Quindi i rifiuti, anche se non sono essi stessi “risorse energetiche”, derivano da “fonti energetiche” e, così riscattati, non vanno più considerati negativamente come fattori di inquinamento dell’ambiente, ma quali veri e propri “derivati di energia”.

La prospettiva non è senza approdi. Altri settori bussano alle porte delle fonti di energia e chiedono di essere inquadrati nel settore dell’energia, con la conseguente valorizzazione della potestà legislativa concorrente delle regioni. Per esempio è stato osservato⁶⁵ che i rifiuti sanitari

65 V. PELILLO-D. LAFORGIA-F. CONCIAURO, *Rifiuti sanitari liquidi come fonte di energia sostenibile per celle a combustibile: compatibilità ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 6-2008, 1 ss. affermano che il processo di conversione dei rifiuti liquidi a base di alcoli presenti all’interno di strutture ospedaliere in combustibile per alimentare celle presenti nei medesimi rifiuti e volto a produrre energia elettrica, sia pure basato su un principio chimico la cui invenzione risale ad oltre un secolo fa, da un lato, limiterebbe i danni all’ambiente, e, dall’altro, sarebbe fonte d’energia sostenibile. Inoltre tale criterio di recupero dei rifiuti rappresenterebbe un criterio di funzionamento tecnologico migliore perché basato sullo sfruttamento di celle in grado di sfruttare alcoli presenti proprio nei rifiuti sanitari liquidi ottenibili dalle operazioni di recupero come fonte d’energia sostenibile. I benefici positivi si riverserebbero, secondo gli A., in una triplice direzione: a) nei confronti dell’economia perché vi sarebbe una bassa quanto irrilevante produzione di CO₂; b) nei confronti dell’Unione europea e del mercato mondiale perché la produzione dell’energia è fondata sulla realizzazione di mercati a basso tenore di carbonio; c) nei confronti della sostenibilità dei modelli socio-economici di comportamento. Il modello proposto si concreta nel recupero di rifiuti sanitari liquidi che non vengono intesi, così, come rifiuti nell’accezione legislativa negativa e, quindi, dannosi per l’ambiente ma come fonte di energia sostenibile per celle a combustibile recuperando l’energia in modo innovativo. In tal guisa si evita, da un lato, il “tradizionale” processo di combustione di materie e rifiuti tramite gli inceneritori e/o termovalorizzatori i quali inquinano l’ambiente inteso nella sua accezione più ampia e, dall’altro lato, si favoriscono la ricerca e lo sviluppo tecnologico che rappresentano nel contesto dei programmi quadro pluriennali gli obiettivi pluriennali dell’Unione europea in materia di ricerca e sviluppo tecnologico. Il processo di smaltimento dei rifiuti sanitari allo stato liquido e solido che avveniva negli anni settanta e ottanta in piccoli inceneritori posti in aree all’interno di strutture ospedaliere e successivamente in impianti esterni in grado di bruciare anche i farmaci scaduti si fondava sulla tecnica della combustione. La tecnica del recupero di combustibile per celle ha un triplice effetto positivo. Il primo effetto consiste nell’adozione delle alcoli da rifiuti sanitari liquidi, in alternativa alla combustione realizzata nei suindicati modi come combustibile “pulito” per l’alimentazione di



celle, nel rispetto della normativa (art. 2, co. 176, l. 24 dicembre 2007, n. 244) che istituisce “un fondo per la piattaforma italiana per lo sviluppo dell'idrogeno e delle celle a combustibile”. In particolare l'art. 2, co. 176, l. 24 dicembre 2007, n. 244 statuisce che: “Al fine di garantire lo sviluppo e la continuità della ricerca italiana sull'idrogeno e sulle tecnologie ad esso collegate, come le celle a combustibile, quali componenti ideali di un sistema energetico sostenibile, in grado di soddisfare la domanda crescente di energia riducendo gli effetti dannosi per l'ambiente, a livello locale e globale, è istituito, presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Fondo per la Piattaforma italiana per lo sviluppo dell'idrogeno e delle celle a combustibile, con una dotazione di 10 milioni di euro per l'anno 2008. Il Fondo incentiva lo sviluppo delle diverse fasi della filiera che consente cicli energetici chiusi, ossia basati sull'idrogeno prodotto con l'impiego di fonti energetiche nuove e rinnovabili, il suo accumulo e trasporto e la sua utilizzazione. Sono favorite le applicazioni trasportistiche dell'idrogeno prodotto con le modalità di cui al presente comma, da utilizzare in motori a combustione interna modificati, alimentati a idrogeno o a miscele metano/idrogeno, ovvero in celle a combustibile per l'autotrazione”. Pertanto gli A. osservano che il problema dell'efficienza energetica nella fattispecie esaminata potrebbe essere affrontato, in tal caso, ricorrendo ad una tecnologia maggiormente efficiente fondata sull'implementazione di una proposta alternativa allo smaltimento dei rifiuti ospedalieri allo stato liquido e nel recupero e nell'impegno dell'etanolo e del glicole etilenico che, utilizzati con le dovute precauzioni, sarebbero in grado di produrre energia utile al funzionamento di alcuni reparti ospedalieri specifici come la rianimazione, la neonatologia e le sale operatorie. Il secondo effetto positivo consiste nell'abbandonare la tecnologia fondata sul metano e, quindi, sulla e DMFC (*Direct Methanol Fuel Cell*), la cui tossicità è stata riscontrata, particolarmente, negli ultimi anni e nell'utilizzare altri alcoli come combustibili alternativi e, in particolare, l'etanolo ed il glicole etilenico. Tale sistema denominato DAFC (*Direct Alcol Fuel Cell*) consente non solo un'alta solubilità in acqua ma una densità di energia paragonabile a quella del gasolio, ma rispetto ad essa ha il vantaggio di essere a basso costo ed essere facilmente reperibile. Inoltre l'efficienza energetica delle celle alimentate ad alcol risulta superiore a quella delle celle a idrogeno\ossigeno. Il vantaggio maggiore offerto dalle celle a combustibile è che essa rappresenta un generatore elettrochimico capace di convertire l'energia chimica di un combustibile in energia elettrica senza interruzioni durante l'alimentazione. Nella fattispecie in esame la cella alimentata da un ossidante (ossigeno o aria) e da una soluzione acquosa di etanolo o glicole etilenico recuperabile dai rifiuti sanitari produrrebbe una giusta quantità di energia deputata al funzionamento di apparecchiature elettromedicali dei reparti “speciali”, fornendo contestualmente ampi margini di sicurezza per la vita umana difficilmente con la tecnologia utilizzata oltre che un sistema “pulito”. Appurata, dunque, l'utilità derivante dall'uso di etanolo e del glicole etilenico per le proprietà chimico-fisiche possedute (alta solubilità in acqua, ottima densità di energia, etc.) gli A. osservano che appare notevole l'interesse a recuperarli dai rifiuti sanitari liquidi in cui dovrebbero essere presenti. Dette sostanze non potendo essere utilizzate tal quali per alimentare la cella, andrebbero sottoposte ad opportuni trattamenti da effettuarsi in isole ecologica per recuperare le alcoli residui o sversati divenuti rifiuti utili ai fini della combustione nel momento in cui l'operatore sanitario se ne disfi e da collocare all'interno delle strutture ospedaliere nei pressi delle DAFC (*Direct Alcol Fuel Cell*). Il terzo effetto positivo del ricorso alla tecnica della DAFC (*Direct Alcol Fuel Cell*) è rappresentato non solo dall'esigenza di indipendenza dalla fonte energetiche tradizionali o altrui, ma, anche, dal vantaggio di trasformare l'energia chimica delle alcoli in energia elettrica senza passare dal processo di combustione “tradizionale”. In questo caso l'idrogeno, si osserva, per la sua elevata reattività chimica, non sviluppa sostanza inquinanti come combustibile, ma rappresenta un vettore energetico. Pertanto, il recupero delle sostanze in questione si fonda, per gli A., sulla convinzione che i componenti delle sostanze sanitarie liquide trattate come rifiuti a tutti gli effetti di legge possiedono caratteristiche tecniche per poter essere “utilizzate come combustibile o come altro mezzo per produrre energia”.



liquidi a base di alcoli presenti all'interno di strutture ospedaliere potrebbero essere recuperati come fonte di energia rinnovabili, attraverso un processo di conversione chimica in combustibile volto ad alimentare celle presenti nei medesimi rifiuti al fine di produrre energia elettrica. Dai rifiuti nucleari e dai rifiuti sanitari, come nuovi fonti di energia, a tutte le fonti di energia parzialmente o totalmente rinnovabili il passo è breve. Auspice l'Unione europea e il Piano nazionale integrato per l'energia e il clima indica il settore delle energie rinnovabili come il futuro dell'energia.

L'ultimo Piano nazionale del 2022 muove da una sostanziale prospettiva di decarbonizzazione del sistema energetico che propone come obiettivo un graduale abbandono delle energie fossili a favore delle energie rinnovabili. In tale prospettiva l'Italia condivide l'ordinamento comunitario per rafforzare l'impegno volto a decarbonizzare i sistemi energetici ed economici europei e a portare l'Europa ad essere la prima area regionale ad avere una dimensione produttiva totale ad emissioni nette nulle. In questo percorso di transizione energetica l'aumento vertiginoso dei prezzi dell'energia, la pandemia, la guerra della Russia all'Ucraina, hanno evidenziato la fragilità dei modelli di interdipendenza dei sistemi energetici ed economici ed hanno accelerato l'esigenza di decarbonizzazione per mantenere la qualità della vita e dei servizi sociali, la lotta alla povertà energetica e il mantenimento della competitività e dell'occupazione nei confronti dei paesi extraeuropei che non hanno ancora adottato le politiche di decarbonizzazione. Il Piano, includendo i provvedimenti di recepimento delle Direttive comunitarie attuative del pacchetto "Fit for 55" e delle varie iniziative a livello comunitario, promuove iniziative ulteriori e strategiche. Il Piano si propone, poi, di ridurre i consumi e le emissioni nei settori legati agli impegni dell'*Effort Sharing Regulation*, cioè, in settori quali trasporti, civile, agricoltura, rifiuti e piccola-media industria. Ciò significa che, oltre alle azioni di decarbonizzazione dei settori industriali energivori e termoelettrici legati agli impegni dell'*Emission Trading Scheme*, occorrerà, per il futuro, agire diffusamente con misure estreme che si concretino nella riduzione dei consumi e delle emissioni carboniche del terziario, del settore residenziale e delle mobilità attraverso la riduzione dei fabbisogni di mobilità, con particolare considerazione nei confronti di veicoli pubblici e privati a ridotte emissioni CO₂. Ponendo l'economia al centro degli *standard* nel mondo produttivo e manifatturiero il Piano si propone di raggiungere considerevoli benefici conseguenti ad un'ampia diffusione delle energie rinnovabili e dell'efficienza energetica, per effetto della riduzione delle emissioni inquinanti.

In realtà l'impatto del Covid e della guerra della Russia all'Ucraina hanno imposto una vorticosa accelerazione all'attuazione delle misure volte a garantire sicurezza energetica, da un lato, e velocità del processo di decarbonizzazione, dall'altro. Pertanto il processo di aggiornamento del Piano è fondato su un inevitabile approccio realistico che prevede una forte accelerazione: a) delle fonti rinnovabili elettriche e delle fonti combustibili rinnovabili (biometano e idrogeno); b) delle ristrutturazioni edilizie ed elettrificazione dei consumi finali



(pompe di calore); c) della diffusione delle auto elettriche per la riduzione della mobilità privata; e) del sequestro, trasporto e cattura di CO₂⁶⁶.

In particolare per quanto concerne la decarbonizzazione il regolamento (UE) 2023/857 ha fissato per l'Italia un obiettivo ancor più ambizioso prevedendo che l'emissione dei settori relativi ai trasporti, al residenziale, al terziario, ai rifiuti, all'agricoltura ed all'industria non ricadente nel settore ETS si riduca entro il 2030 del 43,7% rispetto ai livelli del 2005⁶⁷.

In conclusione per raggiungere tutti gli obiettivi europei in materia di energia e clima del 2030 il Piano prevede una sostanziale "riprogrammazione delle energie rinnovabili".

Il nuovo volto dell'energia che nasce dalla transizione energetica alle energie rinnovabili apre una nuova stagione alla potestà legislativa regionale, legata natura stessa delle cose".

66 Il Piano rimarca, altresì, la necessità che il percorso di realizzazione delle misure di riduzione delle emissioni e di promozione delle energie rinnovabili e di efficienza energetica sia rivolto al miglioramento della sicurezza energetica, alle ricadute industriali e alla sostenibilità economica e sociale delle stesse. In tal guisa il Piano fa proprie le cinque dimensioni adottate dall'Unione europea relative alla decarbonizzazione, all'efficienza energetica, alla sicurezza energetica, al mercato interno dell'energia e alla ricerca di innovazione e competitività.

67 Per quanto concerne l'efficienza energetica essa è una dimensione fondamentale per il Piano contribuendo alla riduzione dei consumi, delle emissioni ed all'incremento della quota rinnovabile nel paese nonché all'incremento della sicurezza energetica. Il target di risparmio energetico da conseguire nel periodo 2021-2030 ammonta a 73,4 Mtep, a fronte dei 51,4 Mtep previsti al 2030 dal precedente Piano. Per quanto concerne la sicurezza energetica essa si concreta nella capacità del paese di garantire una fornitura continua di energia, prevenendo o mitigando i rischi legati alla sua disponibilità, accessibilità e affidabilità. È previsto un ulteriore potenziamento delle interconnessioni elettriche tramite progetti di medio e lungo termine, individuati dal gestore del sistema elettrico nazionale, che consentiranno un aumento della capacità di interconnessione con l'estero. Nel medio termine (2030) l'incremento totale stimato è di circa 1900 MW, grazie alla prevista entrata in esercizio del progetto di interconnessione con la Tunisia noto come "TUNITA" o "ELMED" (progetto PCI), nonché della seconda interconnessione con la Grecia (GRITA 2) ma anche grazie ai collegamenti con l'Austria "Nauders-Glorenza" e alla riduzione di limitazioni di capacità con la Slovenia. In Italia il target sulle rinnovabili elettriche al 2030 si dovrebbe tradurre, secondo le previsioni del Piano in un incremento di oltre 70 GW di capacità rinnovabile rispetto al 2021. Per quanto concerne il mercato interno dell'energia l'integrazione dei mercati energetici dell'Unione europea è necessario per promuovere, da un lato, l'efficienza e la competitività dei mercati e, dall'altro lato, la sicurezza dei sistemi energetici dei paesi dell'Unione. Tale obiettivo potrebbe essere conseguito per il Piano potenziando le interconnessioni elettriche con gli altri Stati membri dell'Unione, rafforzando il ruolo dell'Italia come hub energetico europeo e corridoi di approvvigionamento delle rinnovabili dell'area mediterranea. Tali obiettivi possono essere raggiunti attraverso una semplificazione degli iter autorizzativi sia per le opere di sviluppo di rete che per la connessione di impianti rinnovabili. Per quanto concerne la ricerca, innovazione e competitività in ambito energetico l'identificazione di obiettivi nazionali risulta prioritario per accelerare l'introduzione nel mercato dell'energia di quelle tecnologie necessarie a raggiungere gli obiettivi di decarbonizzazione sia all'orizzonte 2030, sia all'orizzonte 2050 al fine, altresì, di mantenere e rafforzare la competitività nell'industria italiana.



Si rifletta. Se in passato la natura intrinsecamente “nazionale” dell’energia ha tenuto a battesimo una sostanziale potestà legislativa statale nel secolo del carbone e del petrolio il “secolo delle energie rinnovabili” è ragionevole che tenga a battesimo nuovi spazi di operatività della potestà legislativa regionale. E, allora, la natura “intrinsecamente regionale” delle energie rinnovabili mostra che i tempi sembrano maturi perché la potestà legislativa regionale in materia di energia trovi maggiore spazio. In tale prospettiva, la norma dell’art. 117 Cost. appare lungimirante e anzi “presbite” (per usare la felice espressione di Piero Calamandrei) per aver, già, nel 2001 previsto che in materia di “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia la potestà legislativa spetti alle regioni, salvo, che per la determinazione dei principi fondamentali riservata alla legge dello Stato.

8. - Conclusioni.

Il lavoro ha cercato di dimostrare che, nel settore strategico dell’energia, sia possibile individuare una chiave di lettura ermeneutica della disciplina costituzionale in senso favorevole ad un maggiore spazio di autonomia legislativa regionale che valorizzi maggiormente, da un lato, quella giurisprudenza costituzionale favorevole ad una maggiore autonomia legislative regionale, e, dall’altro, la stessa storia reale della materia, approdata al “secolo delle energie rinnovabili” intesa come materia intrinsecamente regionale.

Questo orientamento più favorevole ad una maggiore autonomia regionale risponde, del resto, anche, alla logica secondo la quale tutte le risorse energetiche dovrebbero essere disciplinate dall’autorità pubblica maggiormente vicina ai territori nei quali le risorse si producono.

Non è possibile, però, concludere il presente studio senza rivolgere, come detto, un sentito appello al Parlamento perché si decida a determinare, in materia di energia, i principi fondamentali della materia, allo scopo di ridurre, almeno, il contenzioso costituzionale in atto tra Stato e regioni.

I DECRETI LEGISLATIVI DI ATTUAZIONE DEGLI STATUTI SPECIALI E LA LORO UTILIZZAZIONE IN FRIULI VENEZIA GIULIA, TRA VECCHIE ACQUISIZIONI E PROBLEMI NUOVI

Paolo Giangaspero

Abstract [it]: il saggio, muovendo dalle acquisizioni consolidate quanto alla natura ed alla posizione nel sistema delle fonti dei decreti di attuazione degli Statuti speciali, ne analizza l'utilizzazione in particolare nella Regione Friuli Venezia Giulia, anche alla luce delle evoluzioni legate alla collocazione delle regioni ad autonomia speciale dopo la riforma del titolo V, parte II, Cost.

Abstract [en]: the essay, moving from established acquisitions as to the nature and position in the system of sources of decrees implementing special statutes (decreti di attuazione degli Statuti speciali, analyzes their use in particular in the Friuli Venezia Giulia Region, also in the light of the developments related to the position of special autonomy regions after the reform of Title V, Part II, Const.

SOMMARIO: - 1. I decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali come elemento comune e caratterizzante del "modello" Regione speciale: il carattere sostanzialmente unitario, dello strumento nell'evoluzione della prassi e della giurisprudenza costituzionale - 2. Segue: il carattere "necessario e permanente" dei decreti di attuazione: la loro natura "collaborativa" come tratto essenziale del regionalismo differenziato. - 3. Oggetti, limiti, posizione nel sistema delle fonti del diritto dei decreti di attuazione degli statuti speciali - 4. Problemi procedurali: il tema della "specialità al contrario e la funzionalità dello strumento nella Regione Friuli Venezia Giulia - 5. I decreti di attuazione come "croce e delizia" delle Regioni ad autonomia speciale: lo strumento è comune; non lo sono le modalità e l'efficacia della loro utilizzazione: cinque realtà molto differenti: la posizione della Regione Friuli Venezia Giulia - 6. I decreti di attuazione degli Statuti speciali nella "transizione infinita" dopo la riforma del Titolo V, tra difesa (regionale) dello strumento e parziale "erosione" del loro ambito applicativo: i rapporti tra decreti di attuazione e c.d. "clausola di maggior favore" ex art. 10 l.c. n. 3 del 2001.



1. I decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali come elemento comune e caratterizzante del “modello” Regione speciale: il carattere sostanzialmente unitario, dello strumento nell’evoluzione della prassi e della giurisprudenza costituzionale

Quando ci si riferisce alla figura dei decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali, anche con riguardo all’esperienza di una singola Regione ad autonomia differenziata, non si può non fare menzione di un processo di evoluzione che ha coinvolto questa fonte, fino a configurarla - quanto meno sul piano dei principi circa l’architettura dei rapporti tra autonomie speciali e Stato - come un dato qualificante della specialità, con tratti che - al di là di alcune differenziazioni che si sono rivelate nel complesso non centrali nel disegnare l’architettura della fonte - li individuano come uno strumento di produzione normativa unitario, sia sul piano dei meccanismi di formazione (che pure scontano alcune differenze procedurali cui si farà cenno) che su quello della loro collocazione nel sistema delle fonti e come un tratto comune a tutte le Regioni speciali ed esclusivo di esse.

Tale processo evolutivo sarà qui sommariamente riassunto attraverso due linee direttrici dello sviluppo di questo atto normativo: per un verso si guarderà il processo di sua omogeneizzazione, che ha condotto a farne una figura sostanzialmente unitaria per tutte le autonomie speciali. Per altro verso si accennerà alle vicende (che in parte si sovrappongono alla precedente) che hanno portato - nonostante la presenza di alcune voci di segno contrario - a farne uno strumento permanente e necessario nel quadro dei processi di attuazione degli Statuti ad autonomia speciale.

Nel momento nel quale - alla fine del gennaio del 1948 - furono approvate le leggi costituzionali che fissavano per le prime quattro Regioni speciali, le rispettive forme e condizioni particolari di autonomia, questa figura compariva soltanto in tre di essi, e con formulazioni normative non esattamente sovrapponibili, il che avrebbe potuto condurre - in linea astrattamente teorica - a ricostruire in termini differenti la posizione di “ciascuna” autonomia differenziata con lo Stato quanto ai meccanismi di attuazione dei rispettivi Statuti. Se infatti lo Statuto siciliano (peraltro antecedente alla Costituzione e sostanzialmente non “armonizzato” in sede costituente) faceva riferimento ad “Una Commissione paritetica di quattro membri nominati dall’Alto Commissario della Sicilia e dal Governo dello Stato, [che] determinerà le norme transitorie relative al passaggio degli uffici e del personale dello Stato alla Regione, nonché le norme per l’attuazione del presente Statuto” (art. 43 St. Sic.), lo Statuto sardo statuiva che “Una Commissione paritetica di quattro membri, nominati dal Governo della Repubblica e dall’Alto Commissario per la Sardegna sentita la Consulta regionale, proporrà le norme relative al passaggio degli uffici e del personale dallo Stato alla Regione,



nonché le norme di attuazione del presente Statuto. Tali norme saranno sottoposte al parere della Consulta o del Consiglio regionale e saranno emanate con decreto legislativo”.

Con riguardo al c.d. “primo” Statuto del Trentino Alto Adige, viceversa, il richiamo statutario agli strumenti di attuazione dello Statuto era molto più laconico, e - preso in sé - non particolarmente significativo, in quanto l’art. 94 di quel testo rinviava semplicemente allo strumento del decreto legislativo per l’attuazione della Carta sancendo semplicemente che “con decreto legislativo saranno emanate le norme di attuazione della presente legge” (art. 94), senza peraltro nulla aggiungere circa le modalità di approvazione delle stesse. Infine, lo Statuto della Valle d’Aosta era semplicemente silente sul punto, nulla di specifico essendo previsto circa la presenza di strumenti generali di attuazione dello Statuto.

Come si vede, dunque, all’epoca della approvazione dei primi quattro Statuti la realtà era piuttosto eterogenea e non agevolmente riconducibile ad unità.

A riprova del graduale proporsi dello strumento come elemento centrale nel modellare non solo la fase dell’attuazione dello Statuto, ma anche, più in generale, la trama dei rapporti tra autorità centrali e Regioni in modi sostanzialmente non dissimili per tutte le autonomie speciali possono essere evocate diverse vicende che hanno contrassegnato i rapporti tra Stato e Regioni speciali sia prima dell’attuazione del regionalismo ordinario, sia successivamente a quel momento.

La pratica utilizzazione della fase di prima attuazione degli Statuti da parte degli attori istituzionali e la sua considerazione da parte della Corte costituzionale, infatti, ha sostanzialmente svolto un’opera di omogeneizzazione dello strumento, che è divenuto una parte importante della delineazione di una sorta di “modello” di Regione ad autonomia speciale, differente rispetto alle Regioni ordinarie, ma sostanzialmente abbastanza omogeneo al suo interno, se non altro quanto ai rapporti Stato-Regioni in sede di attuazione statutaria.

In questa direzione si può anzitutto ricordare, con riguardo alla Regione Trentino Alto Adige, che la segnalata estrema laconicità della disposizione quanto alle modalità di produzione dei decreti di attuazione è stata integrata da una prassi che fin da subito ha visto la loro elaborazione assistita da un “gruppo di studio” composto in pari numero da componenti di espressione statale e regionale ¹, fino a quando, in sede di approvazione del c.d. “secondo” statuto di autonomia fu inserito l’art. 107 della Carta attualmente vigente (successivamente modificato da l.c. n. 1 del 2017), che prevede esplicitamente che i decreti di attuazione siano emanati sentita una Commissione paritetica per composta di 12 rappresentanti, sei di parte statale ed altrettanti di parte regionale; tra questi ultimi due in

¹ Con riguardo a questi aspetti occorre necessariamente fare riferimento all’organica monografia in materia di decreti legislativi di attuazione che si deve a M. Cosulich, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle regioni ad autonomia speciale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017; sul punto citato nel testo si v. in particolare p. 59 e la bibliografia ivi citata



rappresentanti dei due consigli provinciali e del consiglio regionale, accanto alla quale opera una “seconda” commissione composta pariteticamente da rappresentanti dello Stato e del Consiglio provinciale di Bolzano ove la figura dei decreti di attuazione, e il relativo ruolo della commissione paritetica, viene delineato con ben altra nettezza di contorni.

Che del resto si fosse assistito ad un processo di consolidamento in senso unitario della fonte, risulta anche dall’inserimento dei decreti di attuazione nello Statuto del Friuli Venezia Giulia, attraverso l’art. 63, ai sensi del quale “Con decreti legislativi, sentita una Commissione paritetica di sei membri, nominati tre dal Governo della Repubblica e tre dal Consiglio regionale, saranno stabilite le norme di attuazione del presente Statuto e quelle relative al trasferimento all’Amministrazione regionale degli uffici statali che nel Friuli-Venezia Giulia adempiono a funzioni attribuite alla Regione”².

Profondamente differente, ma parimenti significativa del ruolo caratterizzante delle autonomie speciali che la presenza di questo strumento finì per costituire, è la vicenda della Regione Valle d’Aosta. Si è già segnalato che il relativo Statuto non prevedeva nessuno strumento generale di attuazione.

Come è noto, ciò ha condotto negli anni immediatamente successivi alla sua entrata in vigore a forme di “autoassunzione” da parte dell’autonomia regionale di funzioni per l’innanzi esercitate dallo stato, pratica che la Corte costituzionale nella sentenza n. 76 del 1963 ha peraltro dichiarato illegittima (pure se in altre occasioni il meccanismo usato dalla Valle d’Aosta non era stato contestato dallo Stato). Se è vero che ciò ha ingenerato un periodo di “stasi” nei trasferimenti, altrettanto significativo è peraltro che successivamente a quella decisione i trasferimenti avvennero con leggi parlamentari a seguito di negoziazioni informali con esponenti dell’autonomia valdostana, e soprattutto degna di nota è la circostanza che la legge 196 del 1978., con la quale la Valle d’Aosta recuperò i ritardi nei trasferimenti, introducesse - a livello di legge delega approvata dal Parlamento - un meccanismo che, pur non essendo inserito formalmente nello Statuto, vincolava il legislatore delegato a produrre i decreti di trasferimento “su proposta di una commissione paritetica formata da tre rappresentanti del Governo designati dal Consiglio dei Ministri e da tre rappresentanti della regione eletti dal consiglio regionale” (art. 72, comma 3, l. 196 del 1978). Questa soluzione, contenuta in un atto con forza di legge, sarebbe poi stata fatta rifluire nell’attuale art. 48 bis dello Statuto, approvato con legge costituzionale n. 2 del 1993, che allineò la posizione della Valle d’Aosta a quella delle altre Regioni ordinarie³.

² Per un primo commento a tale testo si v. il fondamentale contributo di L. Paladin, *Commento allo Statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia*, Udine, 1964

³ Sulla vicenda si v., tra i contributi più recenti, le considerazioni di E. Tosi, *La specialità della Valle d’Aosta oggi... tra passato e futuro*, in F. Cortese, J. Woelk (a cura di), *Autonomie speciali e regionalismo italiano: un bilancio*, Milano, 2023, 74 ss.

2. Segue: il carattere “necessario e permanente” dei decreti di attuazione: la loro natura “collaborativa” come tratto essenziale del regionalismo differenziato.

Come si segnalava, in parallelo al citato processo di omogeneizzazione della fonte che avrebbe condotto anche alla formale estensione di essa a tutte le Regioni speciali, si affermò anche il principio del carattere necessario e permanente dei decreti di attuazione degli Statuti speciali, come strumento per un verso infungibile nel disporre i trasferimenti ed in genere nel governare l’attuazione degli Statuti ad autonomia differenziata; per un altro destinato a permanere come tratto distintivo della specialità anche all’indomani della completa regionalizzazione dell’ordinamento italiano.

In particolare nella fase del c.d. “disgelo costituzionale”, quando si arrivò al processo di attuazione delle Regioni ad autonomia ordinaria, il carattere “permanente” era stato messo in dubbio da una parte della dottrina, che viceversa ne postulava la natura solo transitoria, quanto meno in alcuni loro ambiti di applicazione, il che avrebbe determinato la conseguenza che gli atti di trasferimento disposti in favore delle Regioni ordinarie avrebbero potuto applicarsi direttamente anche alle Regioni ad autonomia speciale ⁴.

Questa posizione, peraltro non maggioritaria in dottrina, si fondava in parte su elementi testuali e sistematici (qualche accenno al carattere provvisorio, come si è visto, è contenuto ad es. nello Statuto siciliano; inoltre le disposizioni degli statuti che riguardano questa fonte sono in vari casi contenute nelle disposizioni transitorie e finali degli Statuti ⁵). In larga parte, tuttavia, il senso complessivo di opinioni come queste era per un verso nella sostanziale delusione circa i contenuti dei decreti di attuazione approvati fino a quel momento (anche in ragione del fatto che le Regioni speciali si erano trovate nei primi decenni ad operare “da sole” in un quadro istituzionale ancora dominato da un assetto centralizzato ⁶; per altro verso nella preoccupazione secondo la quale, dovendo passare per il tramite di decreti di attuazione, i processi di attuazione che riguardavano le autonomie speciali avrebbero potuto subire dei rallentamenti e degli ostacoli, il che avrebbe potuto condurre all’effetto paradossale di porle

4 La tesi era stata propugnata, tra gli altri, da F. Bassanini, *Alcune riflessioni sui problemi attuali delle Regioni a Statuto speciale e sui rapporti tra autonomia regionale speciale ed autonomia regionale ordinaria*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1971, pp. 1712 ss., in un quadro complessivo nel quale si prefiguravano i possibili rischi di ritardo nell’adeguamento delle autonomie differenziate rispetto alle evoluzioni di cui il regionalismo ordinario avrebbe potuto beneficiare in forza dell’avvio del processo di regionalizzazione. Come si dirà, questo tipo di rischi si sono effettivamente palesati, quanto meno per alcune autonomie speciali: rimane comunque il fatto che questa presa di posizione sia risultata recessiva, e che viceversa la presenza dei decreti di attuazione ha finito per costituire uno degli elementi portanti del regionalismo differenziato: qualche ulteriore considerazione *infra* nel testo.

⁵ Si v. ancora Cosulich, *op.cit.*, p. 111 ss.

⁶ Sul punto si v., di recente, S. Bartole, P. Giangaspero, *Diritto regionale: una conversazione*, Bologna, 2022, in part. 25 e ss. e *passim*



in una situazione di svantaggio - quanto all'estensione dei trasferimenti - rispetto alle autonomie ordinarie. Come si accennerà, peraltro, esiti di questo tipo ebbero concretamente a verificarsi in ragione della "resa" molto diversa dello strumento dei decreti di attuazione nelle diverse autonomie.

È comunque da osservare che ricostruzioni come quella appena citata furono smentite sia dall'evoluzione normativa che la fonte aveva già conosciuto e che la avrebbero caratterizzata anche all'indomani della regionalizzazione dell'Italia, sia anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ne affermò con decisione la natura necessaria e permanente.

Quanto al primo aspetto, è da rimarcare che la figura dei decreti di attuazione, proprio negli anni di avvio del regionalismo ordinario, fu introdotta nello Statuto del Trentino Alto Adige, con il già citato art. 107 del c.d. "secondo" statuto, per poi trovare ingresso - un quindicennio più tardi - nello Statuto valdostano. Quanto al secondo dei profili citati, la Corte ebbe in più occasioni il modo di affermare la natura permanente e necessaria (cfr. ad es. Corte costituzionale, sent. n. 206 del 1975 e successivamente 180 del 1980⁷).

Queste affermazioni della Corte, peraltro, non si limitano a rimarcare la perdurante necessità dei decreti di attuazione per l'attuazione degli Statuti speciali, ma si riconnettono ad altre statuizioni che valgono a sottolinearne la natura, se non propriamente "pattizia", certamente "negoziata" di questo strumento, tale da configurarlo come un formidabile strumento di flessibilità del quadro delle competenze regionali, che consente [...] un adeguamento delle attribuzioni statutarie delle autonomie speciali alle mutate esigenze delle comunità locali (Corte costituzionale, sent. n. 56 del 2019⁸).

Sotto questo profilo, dunque, il carattere in qualche misura "contrattato" dello strumento finisce per fare sistema con altre disposizioni statutarie (si pensi alle diverse disposizioni degli Statuti che rinviano - ad esempio sui rapporti finanziari con lo Stato - ed a costituire uno degli elementi propri e caratteristici della specialità regionale, ben più di quella ordinaria basata su meccanismi collaborativi tra Stato e Regioni⁹. Se è vero che gradualmente il principio collaborativo ha finito per applicarsi anche ai rapporti dello Stato con le autonomie ordinarie, è altrettanto vero però che per le autonomie speciali questo principio trova puntuale espressione in disposizioni di rango costituzionale, che lo radicano in fonti formalmente costituzionali e dunque ne qualificano l'estensione, e la garanzia, con maggior forza e che

⁷ Traggono spunto da quest'ultima decisione le penetranti osservazioni di G. Mor, *Considerazioni sulle norme di attuazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata*, in *Le Regioni*, 1981, p. 431 ss.

⁸ A questa decisione rinvia A. Ruggeri, *Il senso della specialità e la vicenda dell'autonomia siciliana (dalle esperienze del passato una lezione per l'avvenire)*, in F. Cortese, J. Woelk (a cura di), *Autonomie speciali e regionalismo italiano: un bilancio*, Milano, 2023, 35 ss., in part. p. 66

⁹ Su questo punto è ovvio il rinvio a S. Bartole, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1971, 84 ss



trovano nei decreti di attuazione degli statuti speciali probabilmente la espressione più rilevante e più avanzata.

3. Oggetti, limiti, posizione nel sistema delle fonti del diritto dei decreti di attuazione degli statuti speciali

Il carattere necessario e permanente, unitamente alla configurazione sostanzialmente unitaria, dello strumento dei decreti di attuazione, cui si è accennato alla fine del precedente paragrafo, potrebbe indurre a ritenere che essi prendano - per le regioni speciali - sostanzialmente il posto dei decreti di trasferimento che ordinarie deleghe legislative svolgono con riguardo alle Regioni ordinarie. Questa impressione per così dire di "simmetria" tra lo strumento dei decreti di attuazione e i decreti di trasferimento di competenze alle Regioni ordinarie è tuttavia piuttosto parziale, e per vari aspetti riduttiva del ruolo che i decreti di attuazione degli statuti speciali hanno concretamente giocato nelle vicende del regionalismo speciale.

Vero è infatti in linea di principio che anche per le Regioni ordinarie l'entità dei trasferimenti finisce indirettamente per condizionare l'estensione delle materie, contribuendo a definirne il perimetro a fronte di indicazioni costituzionali che - come si è autorevolmente affermato - costituiscono "etichette vuote"¹⁰. E tuttavia, per i decreti di attuazione degli Statuti speciali una funzione "integrativa" dello Statuto e la possibilità - pur entro certi limiti - di svilupparne e adattarne le potenzialità anche incidendo in via per così dire "diretta" sulla estensione delle potestà legislative regionali. Si è infatti consolidata nel corso del tempo, fino a diventare un'opinione sostanzialmente condivisa, e più volte ripresa dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, l'idea che questo strumento di produzione normativa non sia riducibile ad una pura e semplice attuazione dei disposti statutari, ma in realtà possa anche contenere previsioni ulteriori, tanto che da parte di qualcuno è stata tentata una classificazione dei possibili contenuti dei decreti di attuazione¹¹, talora rivolti ad una esecuzione dei disposti statutari, talora di carattere integrativo, anche *praeter statutum* (ossia senza agganci particolari a singoli disposti dello Statuto); talora rivolti a disciplinare complessivamente i rapporti tra Stato e Regioni, anche a livello di rapporti tra potestà legislative (è il caso del d.lgs.266 del 1992, di attuazione dello Statuto del Trentino Alto Adige, nel quale - oltre che sull'esercizio della funzione statale di indirizzo e coordinamento - si dispone circa i meccanismi di adeguamento della legislazione regionale a quella statale). Questa estensione dei contenuti, e la connessa "polifunzionalità" dello strumento è del resto riconosciuta dalla stessa Corte

¹⁰ La nota definizione risale a L. Paladin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, Trieste, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, 1971

¹¹ In questo senso si v. F. Gabriele, *Decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1988, vol. X, *ad vocem*



costituzionale, che ha avuto modo di osservare come Le norme di attuazione dello statuto regionale ad autonomia speciale sono destinate a contenere, tra l'altro, non solo disposizioni di vera e propria esecuzione o integrative *secundum legem* non essendo escluso un "contenuto *praeter legem* nel senso di integrare le norme statutarie, anche aggiungendo ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano", con il "limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello Statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale (sentenza n. 212 del 1984; n. 20 del 1956)".

Se quanto ai possibili contenuti pare si sia giunti ad opinioni sostanzialmente condivise, rimane una qualche incertezza quanto ai rapporti della fonte con le fonti primarie statali e regionali.

Da un lato appare ovviamente fuori discussione la loro appartenenza al novero delle fonti infracostituzionali, nella forma di una delega legislativa anomala, o - forse meglio - di un conferimento istituzionale di potestà normativa primaria al Governo ¹², esercitabile tuttavia con la necessaria collaborazione in sede di commissioni paritetiche. A ciò consegue, ancora in modo sostanzialmente pacifico, l'astratta sindacabilità degli atti citati da parte della Corte costituzionale, rientrando senza dubbio essi nel novero delle "leggi e degli atti con forza di legge" dello Stato o delle Regioni (art. 134 Cost.). Si è parlato di "astratta" sindacabilità in quanto - proprio per la loro natura sostanzialmente "concordata" sono veramente rari i casi in cui la Corte si sia pronunciata a riguardo: più comune è, semmai, la loro interpretazione conforme a Costituzione (sent. 227 del 2003): e del resto la stessa Corte riconosce in qualche misura il carattere "residuale" di un suo possibile sindacato, riconoscendolo senz'altro in astratto, ma limitandolo ai soli casi in cui le loro disposizioni esorbitino dal fine di "fissare, entro i contorni delineati dagli statuti o eventualmente anche nello svolgimento e nell'integrazione delle norme statutarie necessari per dare a queste ultime piena 'attuazione', (...) i contenuti storico-concreti dell'autonomia regionale (...)" (Corte costituzionale, sent. 213 del 1998).

Meno nitida appare viceversa la loro relazione con la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni: su questo punto nemmeno la giurisprudenza della Corte costituzionale offre per la verità spunti certi, essendo per vari aspetti oscillante tra una ricostruzione dei rapporti con le fonti primarie di natura gerarchica, ed un'altra - nel complesso prevalente - imperniata viceversa sul principio della competenza, che traduce le violazioni dei decreti di attuazione in invalidità per violazione dello spazio di normazione "separato" riservato ai decreti di attuazione. Le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale (nel primo senso si v. tra le altre ad es le sentt. 30 del 1959, ripresa successivamente dalla 213 del 1998; in dottrina Pertici, 2000) ; nel secondo senso si v. *ex multis* le sentt. 180 del 1980, 237 del 1983; 212 del 1984, e - tra le

12 Si v. su questo punto Paladin, *Commento*, cit.; Id., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 2000.



prime in materia - 20 del 1956.) sono forse in parte spiegabili con la possibile varietà di contenuti delle disposizioni di attuazione degli statuti (che in taluni casi sono in grado di esercitare un ruolo conformativo sulla potestà legislativa delle autonomie speciali). Nella prospettiva di chi scrive, tuttavia, la tesi che qualifica i decreti di attuazione come fonte a competenza specializzata e riservata appare quella preferibile, al netto di possibili zone grigie che la polifunzionalità dello strumento può determinare ¹³.

4. Problemi procedurali: il tema della “specialità al contrario e la funzionalità dello strumento nella Regioni Friuli Venezia Giulia

Come si è accennato, i decreti di attuazione sono da individuare come probabilmente la massima espressione (in un legame sistematico con il carattere negoziale dell’assetto dei rapporti finanziari tra Stato e Regioni speciali ¹⁴) come l’espressione più avanzata di un principio collaborativo tra livelli di Governo, che - a differenza di quanto accade per le Regioni ordinarie - ha una diretta consacrazione in disposizioni di rango costituzionale.

Si è d’altra parte fatto richiamo (e la preoccupazione - come si è visto - era presente già all’avvio del regionalismo ordinario) alla circostanza che i processi di attuazione debbano passare per la discussione in paritetica e la successiva emanazione dei decreti legislativi ad opera del Governo comporti il rischio - che come si vedrà di fatto materializzato, specie per alcune autonomie speciali - di quello che è stato definita la specialità alla rovescia ¹⁵, ossia di ritardi rispetto ai processi devolutivi che si realizzavano per le Regioni ordinarie, non sempre compensati da decreti di attuazione che riflettessero autenticamente le esigenze specifiche delle Regioni speciali.

Queste considerazioni conducono a spendere qualche osservazione per un verso sui problemi legati al procedimento che guida i lavori delle commissioni paritetiche, che - come si è visto - presenta alcune varianti nelle diverse disposizioni statutarie, sulla base delle quali parte della dottrina (peraltro tendenzialmente minoritaria) è stata indotta a dubitare dell’unità degli strumenti, che vengono qualificati piuttosto come un “gruppo di fonti” simili piuttosto

¹³ Sul punto si v. ancora Paladin, *Le fonti*, cit.

¹⁴ Nell’ambito della vasta letteratura in materia ci si limita a rinviare in questa sede a E. D’Orlando, *L’autonomia finanziaria delle Regioni e delle Province speciali* in R. Toniatti (a cura di), *Le relazioni fra autonomie speciali e regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)*, Trento, 2022, p. 253; G. Postal, *Considerazioni sulle relazioni tra modelli finanziari delle Regioni a Statuto ordinario e a Statuto speciale*, *ivi*, p. 333

¹⁵ Per questa definizione si v. per tutti G. Mor, *Introduzione*, in G. Mor (a cura di), *Le autonomie speciali alla ricerca di un’identità*, Udine, 1988



che come una fonte unitaria¹⁶; per altro verso alla concreta “resa” concreta che lo strumento ha avuto nelle diverse Regioni speciali.

Quanto ai problemi in senso lato procedimentali (che riguardano sia la composizione e la scelta delle paritetiche, sia ruolo loro riconosciuto, sia anche i soggetti - sul versante statale e regionale - che sono coinvolti nei processi collaborativi) si possono individuare alcuni punti problematici, sintetizzabili nei seguenti:

a) *il problema del coinvolgimento dei legislativi nei processi di collaborazione*: nel loro complesso, i negoziati che avvengono in seno alle commissioni paritetiche sono inquadrati in dottrina come sostanzialmente intrattenuti a livello di potere esecutivo, tanto sul versante statale che su quello regionale. Con ciò non si vuol sostenere che i componenti delle paritetiche siano diretta espressione delle maggioranze politiche del momento (in ogni modo i membri della commissione paritetica sono per lo più soggetti dotati di competenze tecniche), ma si vuole piuttosto sottolineare che sia dalla parte statale che da quella regionale vi siano problemi di coinvolgimento - anche solo conoscitivo - sui lavori delle commissioni. Sul versante statale appare fuori di dubbio che il protagonista della collaborazione in commissione paritetica sia sostanzialmente il Governo: vero è che nella nomina dei propri rappresentanti talora il Governo (nella figura del Ministro per gli Affari regionali) sceglie soggetti in qualche misura legati alle autonomie regionali (vi è del resto un vincolo in questo senso, in funzione di tutela minoritaria, nell’art. 107 St. TAA); e tuttavia ad esso compete la individuazione dei componenti di parte statale, e scarso risulta il ruolo giocato, sull’assunzione delle posizioni dello Stato, dal Parlamento, che risulta ben poco coinvolto nella vicenda.

Un dato non tanto dissimile risulta peraltro anche sul versante regionale, dove pure giocano un ruolo disposizioni statutarie in parte differenti. Tutta spostata sul versante del potere esecutivo risulta la paritetica per la Regione Sicilia, la cui nomina compete al Presidente della Giunta; in altre realtà regionali, viceversa, la situazione è in parte differente. In Friuli Venezia Giulia la paritetica viene espressa dal Consiglio regionale (che dunque gioca un qualche ruolo in sede di nomina), mentre nulla è previsto a livello statutario circa il coinvolgimento del Consiglio in relazione al concreto operato della Commissione. Questo silenzio statutario è stato peraltro in parte colmato da alcuni interventi sul regolamento del Consiglio regionale: il primo, introdotto con delibera del 25 ottobre 2007, vincola i componenti della paritetica a riferire davanti alla V commissione consiliare e prevede la possibilità che il Presidente del Consiglio chieda ai componenti di nomina consiliare informazioni e documenti sui programmi della loro attività (art. 174 *bis*) del regolamento del Consiglio. La seconda, nel testo da ultimo definito con delibera del Consiglio regionale del 29 settembre 2022 prevede l’approvazione,

16 In questo senso S. Pajno, *Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali*, in *Nuove Autonomie*, 2018, 377 ss.

nel primo anno di legislatura, di una risoluzione contenente le linee di indirizzo politico per i componenti della Commissione paritetica (art. 174 *bis ante*).

Potenzialmente più incisivo sembra essere il coinvolgimento delle assemblee politiche regionali in altre autonomie speciali, quali la Sardegna (nella quale la nomina compete al Presidente della Regione sentito il Consiglio regionale, ma vincola a sottoporre gli schemi di decreti al parere del Consiglio stesso. Si tratta però pur sempre di interventi consiliari complessivamente piuttosto “deboli” e spesso collocati di fatto “a valle” rispetto ai lavori delle Commissioni.

b) *accordi in paritetica e contenuto dei decreti di trasferimento*: in presenza di dizioni statutarie anche sensibilmente differenti (“determina”, “propone”, ecc.) un ulteriore problema risulta poi legato all’eventuale vincolo del governo a trasfondere nei decreti legislativi di attuazione i contenuti sui quali in paritetica i rappresentanti di Stato e Regioni hanno convenuto. Da questo punto di vista è stato osservato¹⁷ che la dizione statutaria più aderente a quanto di fatto accade per tutte le autonomie differenziate è quella dello Statuto valdostano, ai sensi del quale “gli schemi dei decreti legislativi sono *elaborati* da una commissione paritetica (...)” (corsivo aggiunto). La soluzione qui descritta è del resto confermata anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha avuto modo di affermare (sent. n. 37 del 1989) che in ogni caso la Commissione paritetica “deve essere posta in grado di esaminare ed esprimere il proprio avviso sugli schemi dei decreti legislativi che il Governo, a conclusione del lavoro preparatorio, si appresta definitivamente ad adottare”, il che “impedisce [al Governo] di adottare modificazioni o aggiunte suscettibili di alterare il contenuto sostanziale della disciplina su cui la Commissione abbia già avuto modo di manifestare il proprio parere (...)”.

c) *i tempi di adozione dei decreti di trasferimento*: se per un verso appare nei fatti difficile che i contenuti dei decreti di attuazione siano differenti da quanto si è discusso in sede di commissione paritetica (o quanto meno: siano modificati unilateralmente dal Governo), discorso diverso va fatto in ordine alla questione dei tempi della loro emanazione, in ordine ai quali gli statuti nulla di specifico prevedono, ad eccezione di quanto disposto dall’art. 108 dello Statuto del Trentino Alto Adige (su cui si v. Corte costituzionale, sent. 160 del 1985): può in tal modo accadere che i decreti di attuazione siano emanati anche con largo ritardo rispetto al loro esame da parte delle Paritetiche (ritardo difficile da individuare secondo criteri formali, stante che i decreti di attuazione - con la sola eccezione di quelli per la Sardegna - non riportano la data della relativa riunione della Commissione paritetica).

¹⁷ Cosulich, *Il decreto*, cit., in part. p. 79 e ss.

5. I decreti di attuazione come “croce e delizia” delle Regioni ad autonomia speciale: lo strumento è comune; non lo sono le modalità e l’efficacia della loro utilizzazione: cinque realtà molto differenti: la posizione della Regione Friuli Venezia Giulia

Le ricadute sul piano della concreta utilizzazione dei decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali sono una diretta conseguenza delle caratteristiche dello strumento per come si sono delineate nei paragrafi precedenti. Da un lato è certamente vero che il loro carattere necessario e permanente come unico strumento di attuazione dello Statuto (nel senso ampio di cui si è detto) costituisce un patrimonio tipico (e comune) di tutte le regioni ad autonomia speciale. D’altro lato, tuttavia, il loro ruolo nell’adattare alle evoluzioni dell’ordinamento le esigenze tipiche della specialità dipende in larga misura dalla capacità delle Regioni di esprimere indirizzi unitari e permanenti quanto alla direzione che esse intendono imprimere, nel farsi promotrici di soluzioni che potenzialmente possono essere anche fortemente innovative, dati gli ampi spazi che la giurisprudenza costituzionale riconosce allo strumento, e nel raccogliere la forza “politica” necessaria al buon esito delle loro istanze in seno alle Commissioni paritetiche ed in genere nell’ambito delle interlocuzioni con il Governo centrale.

In un certo senso può affermarsi che la sede dell’elaborazione della normativa di attuazione degli Statuti è un banco di prova dei concreti assetti che la spinta autonomistica assume, della capacità delle comunità autonome e dei loro rappresentanti di concepire prima e promuovere poi le rispettive esigenze di differenziazione.

Sotto questo profilo, uno sguardo alla concreta utilizzazione dei decreti di attuazione restituisce un quadro estremamente disomogeneo. A fronte di quasi 200 decreti di attuazione approvati relativamente allo Statuto del Trentino Alto Adige (di gran lunga il numero più cospicuo), la Sardegna ad oggi ha emanato soltanto 31 decreti di attuazione: tra questi due estremi si collocano le altre autonomie speciali: 37 sono i decreti di attuazione per la Valle d’Aosta (cui ne vanno aggiunti 14 in attuazione della citata legge delega del 1978); 56 quelli della Regione Siciliana ¹⁸.

Certo, i numeri non dicono tutto, ma differenze così rilevanti sono pur sempre significative, e danno conto della circostanza che non di rado le Regioni che hanno avuto meno capacità di farsi parte attiva nel promuovere l’emanazione delle norme di attuazioni abbiano patito in modo particolarmente acuto della già menzionata “specialità alla rovescia”.

Quanto alla posizione del Friuli Venezia Giulia, essa si pone in qualche misura “a metà strada” tra le Regioni più “virtuose” nell’uso dello strumento e tra quelle che invece lo usano in maniera molto meno incisiva e costante.

18 Su questo punto si v. Ruggeri, *Il senso della specialità*, cit.



Con riguardo a questa Regione ¹⁹, infatti, ad oggi risultano emanati 53 decreti legislativi di attuazione: Nel loro insieme è agevole notare la pluralità delle possibili finalità dello strumento, talora rivolto a pura attuazione delle disposizioni statutarie attraverso il trasferimento di funzioni e personale; talora viceversa di ben maggior peso nel modellare la complessiva posizione della Regione e l'esercizio delle sue potestà legislative talora anche in materie legislativamente riconosciute alla potestà legislativa primaria della Regione. Tra i decreti più significativi in quest'ultimo senso, si vedano, ad es., in particolare il decreto legislativo n. 9 del 1997 (Norme di attuazione dello Statuto speciale per la regione Friuli Venezia Giulia in materia di ordinamento degli enti locali e relative circoscrizioni), che costituisce diretta attuazione della revisione statutaria che ha conferito anche al Friuli Venezia Giulia la potestà primaria ordinamentale, ivi comprese disposizioni relativi all'ordinamento della finanza locale; in tempi più recenti spiccano le statuizioni in ordine ai rapporti finanziari tra Stato e Regione ed al concorso della Regione all'equilibrio della finanza pubblica, a valle degli accordi in materia tra enti (D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 137 Norme di attuazione dello statuto speciale della regione autonoma Friuli-Venezia Giulia in materia di finanza regionale ; D.Lgs. 9 giugno 2022, n. 86 Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia recanti modifiche al decreto legislativo 25 novembre 2019, n. 154, in materia di coordinamento della finanza pubblica), nonché - di recente - il D.Lgs. 3 ottobre 2022, n. 159 Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia in materia di contratti pubblici.

6. I decreti di attuazione degli Statuti speciali nella "transizione infinita" dopo la riforma del Titolo V, tra difesa (regionale) dello strumento e parziale "erosione" del loro ambito applicativo: i rapporti tra decreti di attuazione e c.d. "clausola di maggior favore" ex art. 10 l.c. n. 3 del 2001

Qualche sommaria osservazione conclusiva sullo strumento dei decreti di attuazione va svolta in relazione alla posizione che le Regioni ad autonomia differenziata rivestono all'indomani della riforma complessiva del titolo V, parte II, Cost..

Come è ampiamente noto, la riforma del Titolo V operata con la legge costituzionale n. 3 del 2001 lascia in linea di principio inalterata la posizione delle Regioni ad autonomia speciale (e dunque le potestà legislative fondate sullo Statuto ed assistite dai decreti di attuazione); per altro verso, attraverso la c.d. "clausola di maggior favore", estende alle medesime le

¹⁹ Si v. sul punto D. Bertuzzi, R. Volponi, *Lo Statuto speciale e le fonti atipiche*, in E. D'Orlando, L. Mezzetti (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Friuli Venezia Giulia*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 345 ss.

competenze più ampie che la riforma ha conferito alle Regioni ordinarie in forza della modifica dell'art. 117 Cost. (art. 10 l. cost. n. 3 del 2001).

In quest'ottica, i due elementi appena indicate dovrebbero giocare un ruolo per certi versi "complementare" nel tutelare le autonomie speciali, per un verso mettendo al riparo il "vecchio" assetto delle Regioni a statuto speciale; per altro verso consentendo "fino all'adeguamento degli Statuti speciali" possibili allargamenti del quadro competenziale ove questi si rivelassero più favorevoli all'autonomia. È peraltro da aggiungere che scelte legislative successive hanno valorizzato lo strumento dei decreti di attuazione anche nel funzionamento della c.d. "clausola di maggior favore", poiché ai sensi dell'art. 11 della legge 131 del 2003 "Le Commissioni paritetiche previste dagli statuti delle Regioni a statuto speciale, in relazione alle ulteriori materie spettanti alla loro potestà legislativa ai sensi dell'articolo 10 della citata legge costituzionale n. 3 del 2001, possono proporre l'adozione delle norme di attuazione per il trasferimento dei beni e delle risorse strumentali, finanziarie, umane e organizzative, occorrenti all'esercizio delle ulteriori funzioni amministrative". La centralità anche in quest'ambito dei decreti di attuazione è stata ribadita anche dalla Corte costituzionale, che - nel respingere censure di legittimità sulla legge appena citata - ha confermato che "(...) per tutte le competenze legislative aventi un fondamento nello statuto speciale, il principio del parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative conserva la sua validità. Per le ulteriori, più ampie competenze che le Regioni speciali e le Province autonome traggano dalla Costituzione, in virtù della clausola di maggior favore, troverà invece applicazione l'art. 11 della legge n. 131 del 2003 e quindi il trasferimento delle funzioni avrà luogo secondo le modalità previste dalle norme di attuazione e con l'indefettibile partecipazione della commissione paritetica" (Corte costituzionale, sent. n. 236 del 2004). Su altro versante, il ruolo dei decreti di attuazione e delle Commissioni paritetiche è confermato anche dall'art. 27 della legge delega sul c.d. federalismo fiscale in tema di coinvolgimento delle Regioni speciali alla realizzazione dei principi di solidarietà e perequazione.

Anche dopo la riforma, dunque, i decreti legislativi di attuazione conservano, almeno sulla carta, il loro ruolo centrale nel modellare la posizione delle Regioni speciali.

A tale riguardo vanno però aggiunte due considerazioni:

la prima consiste nel rilevare che nel complesso i comportamenti delle autonomie speciali si sono rivolti, nel contenzioso costituzionale, soprattutto a difendere le proprie attribuzioni statutarie "tradizionali", più raramente invocando in loro favore le "nuove" competenze ex titolo V, considerate, forse a ragione visti i concreti svolgimenti dell'applicazione della riforma, meno garantiste nei loro confronti ²⁰.

20 Sull'impatto del nuovo Titolo V sugli ordinamenti regionali speciali e sulle "strategie difensive" che dalle Regioni speciali sono fatte proprie in sede di contenzioso rimangono ancora attuali le



La seconda considerazione consiste nel rilevare come - a seguito dell'applicazione del "nuovo" regionalismo, le autonomie speciali si trovino in una posizione sempre più asimmetrica rispetto alle Regioni ordinarie, e che i complessivi svolgimenti del regionalismo ordinario finiscono per determinare forme di "schiacciamento" delle peculiarità delle Regioni speciali sulle dinamiche del regionalismo ordinario, talora riducendo gli spazi di manovra dei decreti di attuazione: (si v. ad es. - con riguardo alla Regione Friuli Venezia Giulia, la recente sent. 216 del 2022, in materia di distribuzione e trasporto di energia, materia "estranea" alle competenze statutarie che tuttavia era stata in qualche modo "rafforzata" da un d.lgs. di attuazione - segnatamente, il d.lgs 110 del 2002 - che alla fine la Corte costituzionale finisce per ignorare nella risoluzione della controversia, applicando alla Regione la disciplina delle Regioni a statuto ordinario).

Queste derive sono del resto comprensibili, atteso il fatto che i meccanismi poco sopra richiamati avevano il senso di "governare" un periodo transitorio che si immaginava relativamente breve, e che invece si sta protraendo da ben oltre vent'anni.

Ciò rilancia il problema della riforma degli Statuti speciali ²¹, che è estraneo all'oggetto del presente contributo, se non per dire che lo strumento dei decreti di attuazione per come si sono evoluti non pare essere messo in discussione dalle spinte riformatrici, che anzi paiono rivolte a consolidarlo e irrobustirlo, sia immaginando forme di procedimentalizzazione in ipotesi più garantistiche per le ragioni dell'autonomia, sia prefigurando un maggior numero di richiami puntuali in singoli disposti statutari per rafforzarne il ruolo.

considerazioni di I. Ruggiu, *Le nuove materie spettanti alle Regioni speciali in virtù dell'art. 10, legge costituzionale 3/2001*, in *Le Regioni*, 2011

²¹ Ex multis, di recente in questo senso si v. gli interventi di C. Palermo, *L'involuzione della specialità nel sistema regionale italiano e la imprescindibile revisione degli statuti*, in F. Cortese, J. Woelk (a cura di), *Autonomie speciali e regionalismo italiano: un bilancio*, Milano, 2023, 74 ss.e, nel medesimo volume, di R. Toniatti, *I profili costitutivi e connotativi della specialità regionale e bi-provinciale del Trentino e dell'Alto Adige/Südtirol e i pericoli di una progressiva estinzione della specialità*, 96 ss.



LA DISTRIBUZIONE DELLE RESPONSABILITÀ IN CASO DI DANNO AMBIENTALE E I RISVOLTI FISCALI

(Nota a Sentenza Cass. S.U. 01/02/2023 n. 3077)

Giulia Chironi

Le Sezioni Unite, ricostruita la portata applicativa del principio “chi inquina paga”, tornano sulla distribuzione delle responsabilità in caso di danno ambientale e sulla natura della responsabilità dell’autore dell’inquinamento, anche offrendo precisazioni sul soggetto finanziariamente responsabile.

Parole chiave: tutela ambientale; tassazione; responsabilità per danno ambientale

The United Sections, reconstructing the applicative scope of the “polluter pays” principle, return to the distribution of liability in the event of environmental damage and the nature of the polluter's responsibility, also offering clarifications on the financially responsible party.

Keywords: environmental protection; taxation; environmental liability

SOMMARIO: 1. Le Sezioni Unite tornano sull'imputazione della responsabilità per danno ambientale; 2. Profili fiscali del principio “chi inquina paga”; 3. Applicazione del principio “chi inquina paga” nel caso in cui l'autore del danneggiamento ambientale non sia individuabile; 4. Gli obblighi gravanti sul proprietario incolpevole; 5. conclusioni.

(Omissis)

1. FIBE S.P.A. impugna la sentenza TSAP 11.11.2020, n.119/2020 che ne ha respinto la domanda di annullamento di: a) decreto n.4557/QDV/DG/B del 6 maggio 2008 con cui il Ministero dell' Ambiente aveva adottato le determinazioni conclusive già fatte proprie il 26.3.2008 dalla conferenza di servizi e relative al sito di bonifica d'interesse nazionale 'Litorale



Domizio flegreo ed Agro aversano' ed in particolare ove si chiedeva alla società entro 10 giorni idonei interventi di messa in sicurezza d'emergenza [m.i.s.e.] delle falde acquifere contaminate, secondo la nota della Provincia di Napoli e sulla base di risultanze tratte da campioni del sito 'cava Giuliani'; b) la nota n. 28168/QdV/DI/VI-VII del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare [MATTM] con cui il 16.12.2008 si chiedeva alla società di attivare subito, con riguardo alla discarica, interventi di messa in sicurezza della falda con restituzione dell'esito entro 30 giorni; c) atto n. 31816 MATTM 9/22.12.2010 (e del Comm. Governo 2010/6270) con cui le si ingiungevano misure di prevenzione, messa in sicurezza e bonifica dei suoli e della falda delle aree del perimetro di Giugliano entro 20 giorni, a pena di interventi sostitutivi in danno ex d.lgs. n. 152/2006 con iscrizione di onere reale sull'immobile e l'accertamento del danno ambientale;

2. a tenore della sentenza del TSAP n. 119/2020: a) a seguito di gara per l'affidamento del servizio di smaltimento con impianto di produzione di combustibile derivato da rifiuti [CDR] e di altro dedicato alla produzione con CDR di energia elettrica per la provincia di Napoli, il Commissario governativo delegato dal Min.Interno aggiudicò il servizio ad un'ATI, con capogruppo FISIA Italmimpianti s.p.a. (con ordinanza 20.3.2000, n. 54), venne concluso il contratto il successivo 7 giugno 2000 e, con autorizzazione commissariale, la società FIBE s.p.a. costruì nel 2001 con gestione fino al 2003 la discarica per lo smaltimento di rifiuti solidi urbani [RSU], nel Comune di Giugliano in Campania, alla Cava Giuliani, sito di stoccaggio dei rifiuti raccolti; b) da accertamenti nel 2003-2004 dell'ARPA regionale condotti su uno dei pozzetti (n.3) approntati per l'ispezione dello stato della falda acquifera a valle emersero il superamento dei valori-limite di plurime sostanze inquinanti e alte concentrazioni nocive, con riferimento all'invaso, contaminato da RSU e rifiuti anche speciali stoccati in superficie e peggioramento dei fattori, nel tempo, anche dei rilievi di pozzetto a monte (n.1); c) i contratti stipulati dalla struttura commissariale, ai sensi dell'art.1 d.l. 30 novembre 2005, n. 245 (conv. nella l. 27.1.2006, n.21), vennero risolti, con mantenimento provvisorio delle imprese affidatarie del servizio fino alla consegna degli impianti ai nuovi gestori; d) a seguito dell'accertamento di ulteriori sforamenti dei valori consentiti in acqua di falda (CSC, concentrazioni soglia di contaminazione), la provincia di Napoli il 13.3.2008 chiese a FIBE le misure di prevenzione, contestate dalla società, finché il MATTM ne dispose l'approntamento, con prescrizione di messa in sicurezza di emergenza (m.i.s.e.), per il citato sito di cava Giuliani; e) FIBE impugnò avanti al TAR Lazio (con primo ricorso R.G. 7434/2008) la citata statuizione invocando vizi procedurali (omesso avvio del procedimento con partecipazione, in difetto di urgenza qualificata), l'estraneità alla vicenda dell'applicato art.242 d.lgs. 3.4.2006, n.152 e la erroneità delle misure assunte, la violazione anche istruttoria delle norme del citato d.lgs. n. 152 del 2006, l'estraneità del titolo ad ottemperare, essendo FIBE la proprietaria non responsabile del danno ambientale, l'omessa dovuta identificazione del responsabile della



contaminazione (da comunicarsi anche al proprietario non responsabile), l'estraneità ad ogni responsabilità dovendo gli eventi ricondursi a fenomeni d'inquinamento non repentini ma diffusi in zona, l'assenza di emergenza ex art.240 co. 1 lett. m) e t) d.lgs. n. 152 del 2006; f) FIBE impugnò poi, con motivi aggiunti, la ordinanza MATTM del 16.12.2008 con cui era prescritta la messa in sicurezza della falda e la trasmissione dei 'risultati di caratterizzazione' dell'area, invocando: i) che la precedente conferenza di servizi non l'aveva previsto nel piano, avendo il MATTM confuso la Cava Giuliani con altro sito gestito da FIBE nel territorio del comune di Giugliano; ii) ancora il vizio di avvio del procedimento, il difetto d'istruttoria, l'omessa identificazione del responsabile, l'omesso esame della documentazione della ricorrente a difesa, l'assenza di ogni responsabilità e comunque dell'urgenza; g) il rigetto da parte del TAR della domanda cautelare, veniva poi riformato dal Consiglio di Stato, che con ordinanza n.3223/2009 disponeva il riesame delle cause di inquinamento e del soggetto obbligato alla decontaminazione, mentre un nuovo ordine congiunto di MATTM e commissario di governo del 9.12.2010 ingiungeva a FIBE di provvedere entro 20 giorni, a pena di esecuzione in danno ed iscrizione di onere reale sul terreno, provvedimento parimenti impugnato ancora in G.A. con altro atto avanti allo stesso TAR, prospettando: i) il limite del giudicato cautelare e il difetto di motivazione sugli atti inadempiti; ii) la violazione della norma sulla custodia ex art.2051 c.c. non avendo più FIBE la disponibilità dell'area e l'insussistenza di ogni responsabilità aquiliana ex artt.2043, 2050 e 2051 c.c., non essendo FIBE ormai né titolare né detentrica del sito; iii) la mancanza di inadempimento colpevole e di ogni presupposto, inclusa l'urgenza; iv) l'omessa identificazione del responsabile; h) in prosieguo, FIBE impugnò con un terzo atto anche una nuova relazione depositata dal MATTM su ordine del TAR, protestando – tra l'altro - l'erroneo utilizzo per relationem di documenti acquisiti in processo penale, il difetto di contraddittorio e di autonoma valutazione delle P.A., la compresenza in fatto di altri e risalenti fattori inquinanti; i) il TAR infine declinò la giurisdizione con sentenza 26.6.2012, n.5831, in favore del TSAP, avanti a cui la causa è stata riassunta;

3. la sentenza ha così ritenuto: a) il difetto di legittimazione passiva di MISE e Min.Salute; b) la precisazione che oggetto del giudizio riassunto era l'impugnativa del decreto MATTM 4557/QDV/DG/B del 6 maggio 2008, che approvava le prescrizioni di cui al verbale della conferenza di servizi decisoria relativa al sito 'Litorale Domizio flegreo ed Agro aversano' del 28 marzo precedente, inclusi i piani di caratterizzazione trasmessi dalla stessa FIBE, provvedimento ed atti contestati avanti al TAR Lazio con il ricorso 7434/2008 e come atto per motivi aggiunti ai ricorsi RG 10397/2007 e 10398/2007, a loro volta (impugnazioni) appartenenti ad un separato contenzioso, relativo ai tre siti gestiti dalla ricorrente (discarica Pontericcio, discarica Cava Giuliani e impianto produzione combustibili da CDR Pontericcio) con esito favorevole, avendo il Consiglio di Stato (pronuncia VI Sezione 29 agosto 2018, n.5076) escluso ogni responsabilità di FIBE e potendo invece la P.A. ricorrere ad altre metodologie



indiziarie per individuare il probabile autore dell'inquinamento, cui connettere piano di caratterizzazione e attuazione; c) FIBE aveva peraltro, benché non obbligata, volontariamente effettuato il piano di caratterizzazione dell'area di discarica, sia pur cautelativamente e senza acquiescenza ai provvedimenti impugnati avanti al G.A.; d) con il ricorso principale ed i suoi motivi aggiunti, FIBE professa l'assenza di motivazione negli atti circa la contaminazione in falda e le attività d'impianto quando avviate dalla società, condividendo il TSAP le conclusioni del Consiglio di Stato pur rese su fattispecie sostanziale identica, circa il difetto di una 'seria dimostrazione che il processo d'inquinamento dei terreni sia iniziato con l'insediamento in loco di FIBE s.p.a.'; e) tuttavia, anche sul proprietario o detentore qualificato di un sito grava l'onere di m.i.s.e., nel contesto di prevenzione e riparazione del danno ambientale, con i limiti dell'art.240 co.1 lett. l) d.lgs. n. 152 del 2006 e dunque senza finalità sanzionatoria o ripristinatoria, così prescindendo dall'accertamento di dolo o colpa ma come misura di precauzione, conformemente al principio 'chi inquina paga' del diritto UE che, in tema, neppure richiede l'elemento soggettivo, ma solo esige la materiale causazione del danno o del pericolo ambientale; f) la conclusione, secondo la ratio della direttiva 2004/35/CE, è una linea guida di responsabilità anche oggettiva (pur se non di posizione), con il richiamo al principio di ragionevole proporzionalità, per tutte le ipotesi in cui, come nel caso degli artt. 242 co.2 e 244 co. 1 d.lgs. n. 152 del 2006, l'ordinamento non faccia riferimento a dolo o colpa, nonché l'applicabilità alla fase prescrittiva e di individuazione del soggetto, secondo il criterio della viciniorità qualificata al bene colpito; g) nella vicenda, ben dunque poteva FIBE, grazie ai pozzetti-spia in situ e la sua capacità di gestione e mitigazione dell'inquinamento, efficacemente intervenire in via cautelare ponendo in sicurezza l'impianto, costituendo la stessa attività di caratterizzazione spontanea un anticipo dell'apporto collaborativo tra privato e P.A. nella gestione della crisi ambientale; h) gli atti impugnati, a propria volta, prescindevano da un accertamento di dolo o colpa di FIBE, così come dall'utilizzo della perizia in parallelo processo penale a carico, avendo la conferenza di servizi approvato il piano di caratterizzazione di FIBE e confermato l'urgenza di provvedere, con le prescrizioni impartite e il superamento dell'esigenza di avvio del procedimento; i) allo stesso esito occorre giungere con riguardo all'impugnata nota ministeriale 28168/2008, la quale, sull'inerzia di FIBE, non le attribuì una responsabilità causativa dell'inquinamento, bensì l'applicabilità nel caso dei poteri sostitutivi ministeriali, secondo l'art.252 co.5 d.lgs. n. 152 del 2006 finalizzato all'agire tempestivo di soggetto e P.A. prossimi alla contaminazione, senza mutare i piani della responsabilità, nemmeno in senso oggettivo e senza impedimento, nella circostanza e per FIBE, di far constatare i dati, confutando quelli di ARPA o della Provincia; l) nessuna violazione del giudicato cautelare sussisteva anche quanto alla nota congiunta 31816 e prot. 6270/2010 di MATTM e commissario di governo delegato con l'invito e diffida a provvedere alla m.i.s.e., stante l'inerzia di FIBE e la "evidente probabilità oggettiva della contaminazione



dell'acqua di falda", poiché il Consiglio di Stato aveva disposto la verifica delle cause dell'inquinamento e del soggetto obbligato alla decontaminazione, mentre la diffida volgeva ad accertare gli elementi inquinanti esistenti nel sito della Cava Giuliani, oggetto di intestazione proprietaria e titolarità dello smaltimento dei rifiuti, dunque e tra l'altro anche in custodia; m) quanto, infine, all'avversato incombente istruttorio statuito verso le P.A. con ordinanza 1260/2011, ne era chiara la portata fin dalla conferenza di servizi del 28.3.2008, ciò giustificando ogni motivazione per relationem degli atti stessi, tanto più che non risultavano preclusioni ad accedere al parallelo processo penale per prelevarvi, da parte di FIBE, quanto serviva alla difesa e che il perito della Procura della Repubblica non aveva proceduto a nuovo esame dell'acqua di falda, ma solo elaborato un documento, sulle analisi di ARPA 2003-2005 e poi del 2010, dati noti a FIBE, mentre il superamento dei valori-soglia era stato condotto da ARPA, ma su Cava Giuliani ricorrevano solo i presupposti per la caratterizzazione d'urgenza ai sensi dell'art.240 d.lgs. n.152 del 2006 e non l'accertamento della responsabilità della ricorrente;

4. FIBE ricorre con nove motivi per la cassazione della sentenza; resistono con controricorso il Comune di Giugliano in Campania, che chiede la declaratoria di inammissibilità ovvero la reiezione del ricorso e Ministero della transizione ecologica, Ministero dello sviluppo economico, Ministero della salute, Presidenza del Consiglio dei Ministri- Dipartimento della protezione civile che ne chiedono la inammissibilità (per difetto della esposizione di motivi di giurisdizione), la dichiarazione di difetto di legittimazione passiva di MISE e Min.Salute, comunque la reiezione;

5. all'esito dell'adunanza camerale del 21 giugno 2022, queste Sezioni Unite, con ordinanza interlocutoria n. 20237 del 23 giugno 2022, hanno rinviato la causa a nuovo ruolo – per la trattazione in pubblica udienza – involgendo la contestazione nella vicenda del principio 'chi inquina paga' di cui alla Direttiva 2004/35/CE e comunque di ogni responsabilità ambientale, anche a titolo oggettivo o prescindendo da una condotta causativa del danno, in capo al proprietario/gestore richiesto di provvedere alla messa in sicurezza di emergenza, in difetto della individuazione del responsabile della potenziale contaminazione;

6. il Procuratore Generale, come anticipato nelle conclusioni scritte, ha chiesto il rigetto del ricorso di FIBE ritenendo in principalità che, sul tema e per il principio di sussidiarietà tra i due livelli, il vuoto di spazio regolatorio proprio del diritto europeo possa essere colmato dal diritto nazionale, in coerenza con il Trattato e senza conflitti con la direttiva 2004/35/CE.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Considerato che:



1. con i primi due motivi s'invoca una pluralità di violazioni del d.lgs. n. 152 del 2006 (artt.240, 242, 245, 252), oltre agli artt. 17 d.lgs. n. 22 del 1997, 15 DM 471/1999, contestando per un verso l'applicazione alla vicenda del principio 'chi inquina paga' e dunque ogni responsabilità in capo al proprietario/gestore di provvedere alla messa in sicurezza di emergenza (m.i.s.e.) e, dall'altro, l'erronea mancata individuazione del responsabile della potenziale contaminazione;

2. con il terzo e quarto motivo si deduce la violazione degli artt.2050 e 2051 c.c. e 240 e s. codice ambiente per errata applicazione delle norme sulla responsabilità da custodia o da posizione, essendo la seconda disciplina speciale rispetto a quella civilistica, né sussistendo alcuna presunzione di responsabilità;

3. con il quinto motivo si invoca l'omesso esame di fatto decisivo oggetto di discussione fra le parti, avendo FIBE lasciato il sito due anni prima della diffida congiunta MATT-commissario governativo del 2010;

4. con il sesto e settimo motivo si denuncia la sentenza per omessa comunicazione ex art.7 l. n. 241 del 1990 dell'avvio del procedimento culminato nell'imposizione di m.i.s.e., carenza d'istruttoria con il Ministero -MISE e difetto di motivazione, errore nell'individuazione del sito e confusione tra soggetti interessati e proprietario;

5. con l'ottavo motivo s'invoca la violazione dell'art. 2697 c.c., non avendo il TSAP valorizzato la consegna da parte di FIBE degli impianti ai commissari ad acta, circostanza desumibile da quanto prodotto;

6. con il nono motivo si deduce la violazione degli artt. 21-septies l. n. 241 del 1990, 242 codice ambiente, 133 c.p.a. e la elusione del giudicato, costituito dalla pronuncia del Consiglio di Stato che aveva con l'ordinanza n. 3223/2009 ordinato alla P.A. di verificare le cause dell'inquinamento e così accertarne il responsabile;

7. in via preliminare, va dato atto che il difetto di legittimazione passiva di MISE e Min.Salute, pronunciato dal TSAP (pag.10) non appare specificamente impugnato da FIBE, ciò rendendo superflua, per difetto d'interesse, l'eccezione reiterata in controricorso dagli enti, nella unitaria costituzione;

8. premettono inoltre queste Sezioni Unite che il ricorso va esaminato, in parziale contrarietà rispetto all'eccezione di pregiudiziale inammissibilità complessiva formulata nell'unitaria difesa dell'Avvocatura dello Stato, secondo il criterio per cui è vero che «l'ambito del sindacato del Tribunale superiore delle acque pubbliche, qualora sia chiamato a pronunciarsi in unico grado sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati, è limitato all'accertamento dei vizi possibili dello svolgimento della funzione pubblica, compresi quelli denotati dalle figure sintomatiche dell'eccesso di potere; esso attiene quindi alla verifica della ragionevolezza e proporzionalità della scelta rispetto al fine e non si estende alle ragioni di merito, dovendosi arrestare dinanzi non solo alle ipotesi di scelte equivalenti ma anche a



quelle meno attendibili, purché congruenti con il fine da raggiungere e con le esigenze da governare» (Cass. s.u. 11291/2021); e pur tuttavia, con riguardo alle decisioni rese, in sede di giurisdizione amministrativa, dal TSAP nelle materie di cui all'art. 143 del r.d. n. 1775 del 1933 «il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione è esperibile, oltre che per i vizi indicati dall'art. 201 del citato regio decreto (incompetenza ed eccesso di potere), per ogni violazione di legge, sostanziale e processuale, e non per soli motivi inerenti alla giurisdizione, essendo tale limitazione operante, a norma dell'art. 111 Cost., unicamente per le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti» (Cass. s.u. 7833/2020, 2155/2021, 35008/2022);

9. i primi due motivi, afferenti nel loro insieme alla più corretta individuazione degli strumenti di diritto pubblico diretti alla protezione ambientale, sono fondati; è in primo luogo non controverso, secondo l'accertamento del TSAP, che in capo a FIBE, come deciso dal giudice amministrativo in controversia analoga (Consiglio di Stato n. 5076/2018, per fattispecie praticamente identica, pag.12), non sia intervenuta la dimostrazione, ad opera delle competenti P.A., di alcuna correlazione causale tra l'attività svolta in situ e – per via di percolazione dei rifiuti trattati – la determinazione contaminativa del sottosuolo in punto di falda acquifera; è più chiara invece, in secondo luogo, l'opzione interpretativa seguita dal TSAP assumendo le misure di messa in sicurezza d'emergenza come prescrizioni del diritto domestico rientranti tra quelle cautelari, cioè in un contesto di prevenzione e riparazione anticipatoria del danno ambientale che ne ha giustificato, in sentenza, la ascrivibilità anche a chi – come FIBE – non era né imputabile colpevolmente dell'azione inquinante, né in provata assunzione di condotta causalmente determinativa dell'inquinamento stesso; il titolo che allora, in terzo luogo, ha giustificato per il TSAP la legittimità delle citate prescrizioni, pur nel formale distanziamento dalla responsabilità da posizione, è consistito in una peculiare relazione qualificata con il sito (da cui possono scaturire i danni all'ambiente, pag.13), operando decisamente la proprietà o la detenzione qualificata; infine, in quarto luogo, tale lettura di responsabilità oggettiva è stata ritenuta, nella pronuncia, adeguata alla ragionevole proporzionalità discendente dalla Direttiva 2004/35/CE, secondo un criterio-guida rivolto alla legislazione nazionale pur non espressa né quanto alle prescrizioni né circa il soggetto destinatario delle stesse;

10. la seconda asserzione, nel richiamo ad un indirizzo interpretativo stabile in materia, denuncia in realtà un riferimento solo parziale e comunque non condivisibile, tenuto conto del formante giurisprudenziale che, progressivamente ed invece, si è venuto a sedimentare anche in senso contrario proprio nel dialogo fra la giurisprudenza nazionale, non solo amministrativa e quella europea attorno al principio chi inquina paga; per come il diritto domestico risulta intermediato dai precetti unionali (in primo luogo la Direttiva 2004/35/CE) non è infatti possibile rinvenire nello stesso codice dell'ambiente alcun obbligo diretto ed esplicito del proprietario, ove non sia autore della condotta contaminante, ad adottare



interventi di messa in sicurezza di emergenza, né essi possono transitare tra le misure di precauzione o special-preventive a prescindere dall'accertamento della responsabilità e finendo così con il mutarsi, in capo al descritto soggetto, in concorrente e sostanziale obbligo di provvedere alla bonifica dell'area interessata;

11. la disciplina multilivello in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale procede invero, con accelerazioni adeguatrici non sempre progressive, dall'applicazione interna – oltre che dell'obiettivo-valore dello sviluppo sostenibile, basato anche su tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, così l'art. 3 co.3 Trattato UE - di due principi già presenti nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ora art.191 TFUE) per cui la politica dell'Unione contribuisce a perseguire, tra gli altri, salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali (co.1), così mirando a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione e fondandosi sui principi della precauzione e dell'azione preventiva ... della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga" (co.2); la conseguente Direttiva 21 aprile 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (2004/35/CE) si è proposta di far applicare alle legislazioni nazionali la prevenzione e la riparazione del danno ambientale secondo il ripetuto principio «chi inquina paga» (artt.1 e 7, All. II), coerentemente con lo sviluppo sostenibile, sancendo che l'operatore la cui attività ha causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno sarà considerato finanziariamente responsabile in modo da indurre gli operatori ad adottare misure e a sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale (cons. 2), dunque privilegiando nettamente l'obiettivo della eliminazione in natura del danno ambientale rispetto alla prospettiva risarcitoria (per equivalente) e fissando una funzionalità altrettanto chiaramente imperniata sulla rilevanza anche giuridica delle attività professionali che presentano un rischio per la salute umana o l'ambiente (cons. 8); ne deriva così che è l'operatore che provoca un danno ambientale o è all'origine di una minaccia imminente di tale danno a dover di massima sostenere il costo delle necessarie misure di prevenzione o di riparazione, mentre il costo dell'intervento di supplenza dell'autorità competente andrebbe posto a carico dell'operatore, includendo il costo della valutazione del danno ambientale ed eventualmente della valutazione della minaccia imminente (cons. 18 e secondo la definizione dell'art.2 co.16); a sua volta, è netta la definizione dell'operatore (art.2 co.6), quale soggetto che esercita o controlla un'attività professionale o al quale sia delegato un potere economico decisivo sul funzionamento tecnico di tale attività;

12. imporre al soggetto inquinatore l'obbligo di riparare il danno o, in alternativa, quello di tenere indenne la comunità territoriale che l'abbia evitato o rimosso, significa pertanto addossare – non in chiave etica ma di efficacia, come rilevato nell'analisi economica di tale



sistema - le esternalità negative (conseguenti alla produzione o al commercio di beni e servizi) a carico del soggetto cui sia riferibile l'attività, evitando alterazioni di mercato (per qualità dei prodotti e livelli di concorrenza), senza oneri per la collettività ovvero costi assunti in via definitiva dall'ente pubblico; viene così scongiurato ogni scenario di alternativa monetizzazione dell'inquinamento, disincentivato dallo scaricarsi sui soli prezzi, senza altri interventi ed invece declinandosi il principio riassuntivo 'chi inquina paga' nella riparazione più diretta del danno ambientale (nei contesti di acque, terreno e biodiversità, i soli dell'art.2 Direttiva), ad opera dell'autore (operatore in attività classificata pericolosa o terzo imputabile ad altro titolo) o, in sua vece e con recupero dei costi, a cura dell'ente pubblico;

13. il criterio d'imputazione della responsabilità proprio della Direttiva è invero ricavabile per un verso dalla sua valorizzazione di tipo oggettivo, la più efficace a tutela dell'ambiente e tuttavia con la possibilità, permessa agli Stati membri, di mediare le esigenze dello sviluppo economico, costruendo modelli di responsabilità mista, come forme eccezionali di esonero se il danno è riconducibile ad una terza fonte e nonostante ogni misura di sicurezza o per effetto di un ordine dell'autorità (art. 8 co. 3); parimenti, rileva il principio della colpa del soggetto agente, come previsto dall'art. 8, co. 4 lett. a) e b), per il quale l'operatore può essere escluso dal sostenere i costi delle azioni di riparazione assunte secondo la Direttiva se provi che non gli sia attribuibile un comportamento doloso o colposo; per altro verso, e pertanto, ai sensi dell'art.3 e per quanto qui d'interesse, la mancata elencazione di un'attività professionale tra quelle pericolose determina che il danno o la sua minaccia implicino una responsabilità solo ai sensi di un preciso criterio d'imputazione psicologico della relativa condotta, nell'ulteriore presupposto di una prova del nesso causale tra attività svolta dall'operatore, come in premessa definito dalla Direttiva e perciò individuabile e danno ambientale;

14. il testo del d.lgs. 3 aprile 2006, n.152 (codice dell'ambiente), anche a seguito di due procedure d'infrazione comunitaria (comunicazione del 31.1.2008 e parere del 26.1.2012) volte a superare il rilievo interno ancora proprio del rimedio della riparazione pecuniaria e le ambiguità sulla responsabilità colposa, ha dunque previsto, in pressoché adesivo allineamento alla citata direttiva, le reazioni ordinarie al danno ambientale come effettivo ripristino (riparazione primaria) o, a seguire, riparazione complementare e compensativa conformemente 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" (art.3ter); la stessa Corte di cassazione se ne è occupata (nelle pronunce 9012 e 16806 del 2015) innanzitutto chiarendo detti criteri risarcitori; così, la riparazione primaria, ha lo scopo di riportare le risorse e/o i servizi naturali danneggiati alle condizioni originarie; quella complementare, ove essi non tornino alle condizioni originarie, tende a compensare il mancato ripristino completo delle risorse e/o dei servizi naturali danneggiati; la riparazione compensativa pareggia la perdita temporanea di risorse dalla data di verifica del danno



a quella in cui la riparazione primaria non abbia prodotto un effetto completo; ma la definitiva armonizzazione della disciplina italiana rispetto a quella UE ha reso esplicito il conseguente principio per cui «non residua alcun danno ambientale economicamente quantificabile e quindi risarcibile - né in forma specifica, né a maggior ragione per equivalente - ogniqualvolta, avutasi la riduzione al pristino stato, non persista la necessità di ulteriori misure sul territorio reso oggetto dell'intervento inquinante o danneggiante, soltanto il costo (ovvero il rimborso) delle quali potrà essere oggetto di condanna nei confronti dei danneggiati: misure che vanno ora tutte verificate alla stregua della nuova normativa», con l'importante applicazione officiosa e retroattiva ai giudizi pendenti per fatti anteriori proprio della onnicomprensività del nuovo criterio riparatore a superamento di quello per equivalente (conf. Cass. 14935/2016; così anche Cass. 8662/2017 e Cass. 5705/2013 sui criteri di liquidazione del danno);

15. per l'art.311 cod. amb. viene dunque fissata la responsabilità oggettiva di chi gerisce specifiche attività professionali elencate e quella imputabile e soggettiva (per colpa o dolo) in capo a chiunque altro cagioni un danno ambientale (co.2); l'azione di risarcimento del danno ambientale, inteso come bene pubblico di carattere unitario, costituente autonomo diritto fondamentale, diverso dalla salute, di rilievo costituzionale, oggetto di tutela da parte del giudice ordinario (Corte costituzionale 210 del 1987; 233 del 2009; 85 del 2013) diviene così un'azione di reintegrazione in forma specifica, di competenza esclusiva del Ministero dell'ambiente; a sua volta, l'art.298bis distingue, nell'applicazione del codice, danno ambientale o minaccia imminente risalenti ad una delle attività professionali (dell'all. n.5 della Parte Sesta, che include la gestione dei rifiuti) ovvero ad un'attività diversa, per la seconda richiedendo il caso di comportamento doloso o colposo (co.1 lett.b); per «operatore», poi, l'art.302 co.4, intende qualsiasi persona, fisica o giuridica, pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale avente rilevanza ambientale oppure chi comunque eserciti potere decisionale sugli aspetti tecnici e finanziari di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività; in adesione testuale al dettato della Direttiva, l'art.308 esclude a carico dell'operatore i costi delle azioni di precauzione, prevenzione e ripristino adottate conformemente alle disposizioni di cui alla parte sesta se egli può provare che il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno: a) è stato causato da un terzo e si è verificato nonostante l'esistenza di misure di sicurezza astrattamente idonee; b) è conseguenza dell'osservanza di un ordine o istruzione obbligatori impartiti da una autorità pubblica, diversi da quelli impartiti a seguito di un'emissione o di un incidente imputabili all'operatore (co.4); inoltre, l'operatore non è tenuto a sostenere i costi delle azioni di cui al comma 5 intraprese conformemente alle disposizioni di cui alla parte sesta ... qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che l'intervento preventivo a tutela dell'ambiente è stato causato da: a) un'emissione o un evento espressamente consentiti da un'autorizzazione conferita ai sensi delle vigenti disposizioni



legislative e regolamentari recanti attuazione delle misure legislative adottate dalla Comunità europea di cui all'allegato 5 della parte sesta ... applicabili alla data dell'emissione o dell'evento e in piena conformità alle condizioni ivi previste; b) un'emissione o un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività che l'operatore dimostri non essere stati considerati probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività. (co.5); resta impregiudicata la responsabilità e l'obbligo risarcitorio del trasgressore interessato (co.6);

16. a queste ipotesi di esimenti (cui si aggiungono le calamità naturali, il conflitto armato) va accostato il pari valore che viene assunto dal cd. inquinamento diffuso, una circostanza che tendenzialmente elide il nesso di causalità tra attività e danno e dunque esclude l'attualità del principio 'chi inquina paga'; già nella considerazione di CGUE del 9 marzo 2010 in C-378/08, tuttavia, la constatazione dell'assenza nella Direttiva 2004/35/CE di un criterio univoco per accertare la catena causale fra danni e attività di plurimi operatori, aveva indotto il giudice europeo a riconoscere da un lato la discrezionalità degli Stati membri nel ricostruire la predetta relazione (da determinarsi in sede nazionale quale strumento di necessaria attuazione delle norma europea, § 55,65), eventualmente conferendo significatività alla vicinanza dell'attività dell'operatore all'area incisa ovvero alla corrispondenza tra sostanze inquinanti rinvenute e quelle del processo produttivo, anche con ricorso (così C.d.S., sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1742) a presunzioni secondo il criterio del 'più probabile che non' (peraltro superabili dal soggetto inciso); e tuttavia, dall'altro lato, tale pregnanza deve pur sempre rispondere al bisogno di fissare l'obbligo di riparazione (cioè la più matura reazione ordinamentale al danno o al pericolo di danno) secondo il contributo causale comunque accertato nel produrre il pregiudizio ambientale o la relativa minaccia (§ 54,57,64), così come – in attuazione della vigenza temporale della Direttiva – occorre che l'evento o l'accidente siano successivi al 30 aprile 2007 ovvero anteriori ma non ultimati negli effetti; ne consegue che a maggior ragione va esclusa una indicazione comunitaria alla riparazione del danno – almeno e già per questa via - a carico di chi non abbia svolto l'attività professionale di operatore, bensì venga chiamato a rispondervi nella veste di titolare di diritti dominicali o addirittura, come nel caso, con nesso eziologico escluso dallo stesso giudice dell'accertata condotta, non potendo la mera enunciazione di indizi di posizione, per un'attività non classificata dallo stesso d.lgs. n. 152 del 2006 a rischio d'inquinamento, sostituire di per sé la prova del predetto necessario nesso causale;

17. proprio la cit. CGUE 9 marzo 2010 aveva già ed infatti chiaramente precisato che spetta all'autorità ricercare preventivamente l'origine dell'accertato inquinamento, disponendo «di un potere discrezionale in merito alle procedure e ai mezzi da impiegare, nonché alla durata di una ricerca siffatta» e dovendo però dimostrare «in base alle norme nazionali in materia di



prova, l'esistenza di un nesso di causalità tra l'attività degli operatori cui sono dirette le misure di riparazione e l'inquinamento» (§70); parimenti, una lettura di pur intensa oggettività del principio 'chi inquina paga' quale voluto dal legislatore europeo, collegando i costi di riparazione ambientale all'attività produttiva inquinante, tende a svalutare altre forme relazionali meramente indirette, impiegate ad esempio sull'appropriazione dei vantaggi economici permessi al soggetto per la sua posizione non di sfruttamento dei beni e dunque con attività condotta sugli impianti, bensì di mero diritto sul sito su cui essi insistono; la nozione di operatore di cui all'art.2 co. 6 Direttiva appare invero sufficientemente chiara nel suo collegamento ad una attività, esercitata o controllata o anche alla titolarità di un potere economico però decisivo sul funzionamento tecnico dell'iniziativa;

18. per quanto detto, e richiamando nella sua interezza l'art.191 co. 2 TFUE, una lettura coordinata del principio 'chi inquina paga' ne esige la declinazione integrata con quelli di precauzione e dell'azione preventiva, nonché della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, potendo così fungere il primo non solo da criterio selettivo della responsabilità, ma anche – come invocato in dottrina - quale limite alla discrezionalità dei pubblici poteri, tutte le volte in cui si intenda limitare attività potenzialmente inquinanti e al fine di tutelare l'ambiente; la conseguente affermazione di un equilibrio che giustifichi in modo proporzionale la stessa limitazione della libertà economica, in ragione degli obiettivi non altrimenti perseguibili, oltre a giustificare procedimenti a base partecipativa dei soggetti incisi dai provvedimenti dell'autorità pubblica e a porne le ragioni di una necessaria motivazione, interferisce pertanto sul perimetro di discrezionalità applicativa che, nella materia, la stessa Direttiva altresì consente agli Stati membri;

19. come chiarito dalla Corte Giustizia nella successiva, e parimenti fondamentale, sentenza 4 marzo 2015 (in C-534/13 (MATTM c. Fipa Group s.r.l.)), la citata Direttiva «non osta a una normativa nazionale ... la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi» (così poi ancora CGUE ordinanza 6 ottobre 2015, in C-592/13); accogliendo l'articolazione interrogativa del Procuratore Generale, va valutato allora quale sia lo spazio d'intervento del diritto nazionale che, salvaguardato espressamente dal giudice unionale ove sia scelta una soglia bassa di reattività verso il proprietario non responsabile dell'inquinamento, ospiti invece, ed all'opposto, una legislazione più restrittiva, secondo l'opzione esplicitamente consentita dall'art.16 Direttiva; la norma infatti ha cura di precisare che non preclude agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più severe in materia di prevenzione e riparazione del



danno ambientale, comprese l'individuazione di altre attività da assoggettare agli obblighi di prevenzione e di riparazione previsti dalla presente direttiva e l'individuazione di altri soggetti responsabili;

20. si tratta tuttavia di una clausola di salvaguardia, ispirata al principio di correlazione “chi inquina paga” e che deriva dalla traslazione dell’art.191, co. 2, TFUE, per il quale la politica dell’Unione in materia ambientale mira a un livello elevato di protezione e però si limita a definire gli obiettivi generali, mentre l’art. 192 TFUE affida al Parlamento europeo e al Consiglio dell’Unione europea, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria, il compito di decidere le azioni da avviare al fine del raggiungimento di detti obiettivi (così, proprio CGUE C-534/13, § 39-40); la stessa citata pronuncia, peraltro, precisa per un verso che i privati non possono sottrarsi all’applicazione di una normativa nazionale impositiva di oneri ambientali se non sia applicabile nessuna normativa dell’Unione adottata in base all’art. 192 TFUE, così come lo stesso art.191 co.2 nemmeno può però, per altro verso, essere invocato dalle «autorità competenti in materia ambientale per imporre misure di prevenzione e riparazione in assenza di un fondamento giuridico nazionale» (§ 41);

21. se dunque il presupposto di tale assetto è che il principio “chi inquina paga” può trovare applicazione nelle controversie domestiche nei limiti in cui è attuato dalla Direttiva, cioè l’atto adottato dagli organi deliberanti dell’Unione, va considerato che tale operatività presuppone il confronto con alcune circostanze storiche che però, nella specie di causa, ne escludono l’integrale assunzione; infatti, *ratione temporis*, l’esito è di esclusione applicativa stando alla stessa CGUE in C-534/13 per la quale «dall’articolo 17, primo e secondo trattino ... letto in combinato disposto con il suo considerando 30, risulta che tale direttiva si applica unicamente al danno causato da un’emissione, un evento o un incidente verificatosi il 30 aprile 2007 o dopo tale data quando tale danno derivi vuoi da attività svolte in tale data o successivamente ad essa, vuoi da attività svolte precedentemente a tale data ma non terminate prima di essa» (§ 44); questo primo fattore appare contraddetto dall’accertamento, non specificamente contestato in giudizio, per cui FIBE è rimasta nel sito di discarica dal 2001 con gestione sino al 2003, poi detenendolo a titolo provvisorio, per effetto della risoluzione contrattuale ai sensi dell’art.1 d.l. n. 245 del 2005 «fino alla consegna degli impianti ai nuovi gestori» (pag.5);

22. si può altresì aggiungere che, per quanto l’art.193 TFUE consenta che I provvedimenti di protezione adottati in virtù dell'articolo 192 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore... compatibili con i trattati notificati alla Commissione, nemmeno il riepilogo dei principi dell’art.192, co. 2, anch’esso aperto alla ricognizione di misure efficaci, sia sul piano territoriale che temporale, giustifica quella parte della sentenza impugnata che assume direttamente da tali norme ispiratrici e quale primario il valore della responsabilità ambientale in termini anche oggettivi ed in capo a soggetto proprietario non autore della condotta inquinante; quei principi, per



come posti, esigono piuttosto che gli interventi delle P.A., di prevenzione ed immediata misura, trovino diretta ed esaustiva coerenza in un'interpretazione appunto diretta e derogatoria del codice nazionale in materia, cioè «un fondamento giuridico nazionale» (CGUE C-534/13, §41); la ragionevole proporzionalità di cui discorre la sentenza TSAP (pag.13), al di fuori di condizionalità per colpa o dolo del fatto causativo e di finalità sanzionatorie, manifesta infatti un incerto e poco chiaro richiamo valoriale alla responsabilità ambientale oggettiva che sarebbe in generale configurata dalla Direttiva 2004/35/CE; si tratta tuttavia di una semplificazione ermeneutica, tradendo la pronuncia impugnata il diverso precetto concessivo posto dalla Direttiva e per il quale, come visto, sono perseguibili disposizioni più severe, ma per attività e soggetti ivi configurati, pur avendo allora di mira il legislatore nazionale l'effettività del risultato protettivo ambientale, da perseguire, specie se in situazione d'urgenza;

23. è infatti già dubbio che la citata relazione con il diritto nazionale (secondo la rubrica dell'art.16 Direttiva) consenta de plano che la prevenzione e la riparazione del danno ambientale, in caso di estensione della responsabilità eventualmente scelta da uno Stato membro, trascini con sé per le fattispecie nazionali così individuate gli stessi principi della Direttiva o non implichi, piuttosto e soltanto, essa non ostacolando regimi più gravi, la possibilità per gli ordinamenti di mere discipline aggiuntive a quelle di necessaria armonizzazione, sempre allo scopo di realizzare un quadro più efficace di prevenzione e riparazione del danno ambientale e però nel rispetto del principio 'chi inquina paga' (secondo l'art.1, richiamato nel testo dal perimetro concessivo dell'art.16); non casualmente la disposizione relazionale, a titolo di esempio chiaro per comprendere il punto di caduta della normazione più severa consentita, enuncia la possibile fissazione di altre attività da assoggettare agli obblighi di prevenzione e di riparazione, locuzione che, per quanto priva dell'aggettivazione professionale di cui agli artt.2 co.7 e 3 co. 1 lett. a) e b), confligge con una nozione statica di rapporto con l'area da parte del soggetto che, essendone solo proprietario e non esercente iniziativa alcuna, difficilmente rientra nell'ipotizzato perimetro estensivo lasciato agli Stati membri dall'art. 16; parimenti, il principio 'chi inquina paga' condiziona altresì la eventuale individuazione di altri soggetti responsabili, cui ancora la disposizione rimanda, ove manchi una connessione dinamica con la produzione del danno ambientale, per la cui prevenzione e riparazione non appare invocabile un legame più immateriale e non anche dispositivo rispetto all'attività esercitata o esercitabile sull'area interessata;

24. in sequenza, va pertanto chiarito se l'interpretazione dell'assetto normativo italiano, alfine conseguente alla progressiva armonizzazione con la Direttiva 2004/35/CE e in sé considerata sia di per sé idonea, per elementi istituzionali originari ed aggiuntivi rispetto al diritto UE, a giustificare una responsabilità del proprietario in quanto tale; allo stato, il confronto va reso rispetto alla giurisprudenza sia civile che amministrativa la quale tuttavia



ha spesso escluso, dal diritto ambientale italiano, la sussistenza in via automatica, a titolo di responsabilità oggettiva per fatto altrui, di una responsabilità del proprietario dell'area inquinata e da bonificare, se non si dimostri che questi abbia provocato o contribuito a provocare il danno ambientale; in particolare, con le pronunce n. 21 del 2013 (dell'Adunanza Plenaria) e Sez. VI del 5 ottobre 2016, n. 4099 e 4119, il Consiglio di Stato ha precisato che il Ministero non può imporre al proprietario di un'area contaminata (non responsabile dell'inquinamento) l'obbligo di eseguire le misure di messa in sicurezza di emergenza (m.i.s.e.) e di bonifica, in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto previsto dall'art. 253 cod. amb. in tema di oneri reali e privilegi speciali immobiliari (rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nei limiti del valore di mercato del sito determinato dopo l'esecuzione); il proprietario, in tale quadro, è tenuto soltanto ad adottare le misure di prevenzione idonee a contrastare un evento che abbia creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente intesa come rischio sufficientemente probabile, secondo il canone causale civilistico, di verifica di un danno sanitario o ambientale al fine di impedire o minimizzare tale minaccia; a sua volta, infatti, l'Amministrazione ha l'obbligo di effettuare le indagini volte all'identificazione del soggetto responsabile dell'evento di contaminazione che diffida a provvedere agli interventi di risanamento (art. 244), così che al soggetto estraneo alla contaminazione viene soltanto richiesto l'assolvimento di uno specifico obbligo di comunicazione quando riscontri la presenza (attuale o potenziale) di contaminazione (art. 245, co. 2), mentre l'obbligo di fare rispetto agli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale è limitato all'adozione delle misure di prevenzione che sono funzionali al contrasto nell'immediato del potenziale verificarsi di un danno sotto il profilo ambientale e sanitario (art. 245, co. 1); quando né il responsabile né altro soggetto interessato intervengono, le opere sono eseguite d'ufficio dall'amministrazione competente in loro danno (art. 250), mentre – come anticipato – al proprietario incolpevole (come per altro soggetto interessato non responsabile della contaminazione) viene comunque riconosciuta la facoltà di eseguire volontariamente gli interventi di bonifica (art. 245, co. 1) al fine di limitare le conseguenze patrimoniali che derivano dall'imposizione degli oneri reali sul bene immobile contaminato ('pesi' iscritti ai registri immobiliari, dopo l'approvazione del progetto di bonifica, indicati nel certificato di destinazione urbanistica ex art. 253, co. 1, così che il bene circola come proprietà in tali termini gravata e proprio la previsione di un onere reale qualifica l'obbligazione del soggetto come un *solvere* più che un *facere*) e del privilegio speciale immobiliare per le spese sostenute (art. 253, co. 2), che altrimenti graverebbero sul fondo quando gli interventi sono eseguiti in danno (art. 250); il proprietario incolpevole risponde, in ogni caso, nei limiti del valore di mercato dell'area bonificata, per come risultante dagli interventi (art. 253, co. 4), in forza di specifico provvedimento in cui l'amministrazione giustifichi l'impossibilità di accertare l'identità del



soggetto responsabile ovvero l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti di tale soggetto o comunque la loro infruttuosità (art. 253, co. 3);

25. a tale assetto, come detto, si è pervenuti in forza della citata progressiva armonizzazione legislativa e, poi, all'esito di una serrata dialettica tra la giurisprudenza amministrativa e quella comunitaria in ordine alla portata del principio 'chi inquina paga'; nel frattempo, la disciplina domestica si è arricchita di fattispecie d'intervento, variamente dettagliate dalle norme tecniche di corredo e ricostruite nelle sedi giudiziali, per le quali – in questa causa – anche il Procuratore Generale, con riguardo alle m.i.s.e., ha chiesto ridefinirsi un ambito di compatibilità ovvero inclusione nel più vasto *genus* delle misure preventive o precauzionali a dispetto di una opposta appartenenza, evocata dalla ricorrente e semmai, a quelle di riparazione (per la Direttiva) o già di ripristino (per il codice ambientale); nella prima opzione, la misura, per il suo connotato oggettivo emergenziale, s'imporrebbe in termini di attuazione immediata anche a carico del proprietario incolpevole, tenuto ad adottarla e così a contribuire a prevenire il pregiudizio, evitando la sopportazione solo successiva dell'onere di rimborso delle spese del ripristino ambientale officioso, laddove tale gravame andrebbe a conformare il bene, secondo un vincolo sulla proprietà tanto più coerente oggi con l'emersione costituzionale esplicita dell'ambiente come valore tutelato (art.9 Cost.) e limite di svolgimento e indirizzo dell'iniziativa economica (art.41 Cost.); a questa stregua, cui presta adesione -per quanto sintetica- la sentenza impugnata, le norme contemplanti il proprietario, come gli artt.245 e 244 cod. amb., dovrebbero essere rilette come un coinvolgimento per un verso doveroso (di ogni comunicazione alla P.A. del superamento attuale o altamente possibile delle CSC, le concentrazioni di soglia di contaminazione) per l'attuazione, senza distinzione, di tutte le misure di prevenzione (stante il richiamo all'art.242) e, per altro, pienamente partecipativo all'intero iter dell'intervento preventivo (così trovando spiegazione la notifica, appunto anche al proprietario, della m.i.s.e. imposta al responsabile autore materiale); 26. va innanzitutto osservato, per il contesto di lettura residua da affrontare, che il d.lgs. n.152 del 2006, attuando gli obblighi di risultato stabiliti dalla Direttiva 2004/35/CE, realizza comunque una legge speciale, tendenzialmente regolativa delle fattispecie di responsabilità per danni all'ambiente ed invero lo stesso art.298bis co.1, come visto e così fissando un principio generale, ha riguardo ad una nozione di attività e, poi, rinvia al sistema della prevenzione e del ripristino ambientale (titolo II parte Sesta), anche per qualsiasi minaccia imminente di danno grave, nonché alla nozione di operatore (con invarianza soggettiva anche per il titolo III, intestato al risarcimento del danno ambientale); si tratta dunque di quelle due nozioni che, già prima facie, impongono uno scrutinio degli adempimenti ipoteticamente gravanti sul proprietario incolpevole che non può focalizzarsi, come pur suggerito nella requisitoria, sulla mera portata sostanziale di una misura d'intervento, la cui astratta applicabilità a qualunque soggetto, proprio perché attività pratica, appare dallo stesso codice in realtà chiaramente intermediata di necessità dalla



previsione soggettiva che, nei testi citati ed almeno, correla l'operatore ad una determinata iniziativa economica/attività sull'area, così imputando in modo diverso la compromissione delle matrici ambientali; questa seconda tesi, cui le Sezioni Unite prestano qui adesione, emerge nella sua maggiore plausibilità proprio dall'adeguamento graduale della giurisprudenza amministrativa a quella comunitaria, agevolando la prima e da oltre un decennio, nonostante oscillazioni, la ricognizione di un formante che, selettivamente, si dà carico di non despecializzare le molte e distinte fattispecie del codice ambientale; in tal modo, viene evitato che una riqualificazione oggettiva nei termini della sola funzionalità di una qualunque misura volta a fronteggiare il danno ambientale imminente o attuale traghetti, nella disciplina italiana, una nozione così lata di responsabilità incolpevole e di posizione da svuotare il margine identitario del più sicuro raccordo tra azione contaminante e riparazione alla base del principio per cui 'solo chi inquina paga';

27. a tale regola comunque deve prestare ossequio anche una disciplina domestica più severa e che però non intenda dilatare senza confini il precetto, così come solennemente l'apertura del titolo V (bonifica di siti contaminati) afferma in esordio all'art.239; così che il testo del successivo art.245 (incluso nel titolo), nel dettare gli Obblighi di intervento e di notifica da parte dei soggetti non responsabili della potenziale contaminazione per un verso fa salvi gli obblighi del responsabile della potenziale contaminazione di cui all'art.242, mentre, quanto al proprietario o il gestore dell'area che rilevi il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento della concentrazione soglia di contaminazione (CSC), prescrive in via primaria un ben diverso obbligo di 1) comunicazione alla regione, alla provincia ed al comune territorialmente competenti e poi di 2) attuare le misure di prevenzione secondo la procedura di cui all'articolo 242; per il primo obbligo, il codice è coerente con la considerazione istruttoria e notiziale che deve curare l'autorità competente secondo l'art.6 co. 4 Direttiva, avendo a mente le persone sul cui terreno si dovrebbero effettuare le misure di riparazione; per il secondo obbligo, si tratta di un rinvio, in realtà, ad un sistema organizzativo (procedure operative ed amministrative) contemplanti innanzitutto e quale soggetto destinatario diretto il ben diverso responsabile dell'inquinamento, tenuto in modo più stringente e sempre, ai sensi dell'art.242, e già nelle prime 24 ore, alle misure necessarie di prevenzione e poi in prosieguo ad altri interventi; il richiamo è dunque ad una procedura (dettata primariamente per altra tipologia soggettiva) ed esso non innova, quanto al proprietario incolpevole, le misure che potrebbero essergli imposte, perché viene mantenuta per questi la formula delle misure di prevenzione; l'art. 245, così precisato ed in secondo luogo, non vanifica la analitica distinzione – valevole proprio ai fini dell'applicazione dell'intero titolo V - ospitata, quanto alle varie misure, dal precedente art.240, che definisce le misure di prevenzione (lett. i), riparazione (lett. l), messa in sicurezza d'emergenza (lett. m) e poi operativa (lett. n) e permanente (lett. o);



28. in particolare, la m.i.s.e. si definisce come ogni intervento immediato o a breve termine, da mettere in opera nelle condizioni di emergenza di cui alla lettera t) in caso di eventi di contaminazione repentini di qualsiasi natura, atto a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedirne il contatto con altre matrici presenti nel sito e a rimuoverle, in attesa di eventuali ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente (lett. m), art.240 co.1 cod. amb.); a sua volta la anteriore lettera i) ancora dell'art. 240 definisce invece le misure di prevenzione come le iniziative per contrastare un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente, intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia; inoltre, con riguardo allo stato di conservazione di una specie, anche l'art.302 co.8 cod. amb., nel riprendere più da vicino la nozione di misure di prevenzione dell'art.2 co.10 Direttiva, le ridefinisce come quelle prese per reagire a un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente di danno ambientale, al fine di impedire o minimizzare tale danno; la non assimilabilità delle m.i.s.e. alle misure di prevenzione, nonostante anche le prime possano materialmente assolvere ad una finalità di contenimento del danno ambientale, sembra allora e con evidenza correlarsi al fatto che solo le seconde – significativamente all'inizio dell'elenco delle iniziative perseguibili – implicano un danno ancora non presente, su tale senso convergendo le formule della minaccia imminente, il rischio sufficientemente probabile, lo scenario di un futuro prossimo, insieme alle nozioni di impedimento al realizzarsi della minaccia;

29. la m.i.s.e., invece, appare giustificata all'altezza di condizioni di emergenza (ex lett. t), cioè con eventi verificatisi e dunque necessità di interventi) tali da imporre, finalisticamente, il contrasto ad eventi di contaminazione repentini, dunque con pregiudizio ambientale in itinere, per il quale la misura volge al contenimento, a limitare la diffusione delle relative sorgenti, ad impedire contatti con altre matrici contaminative del sito, in attesa di bonifica o messa in sicurezza di là da venire ma di cui la m.i.s.e. stessa mostra di essere già una prima parte; né può essere accolta l'assimilazione della m.i.s.e. alla più ampia categoria della prevenzione, secondo lo sbrigativo inciso di pag. 13 della sentenza o anche in base alla più argomentata tesi sostenuta dal Procuratore Generale (pag.10 memoria), sul presupposto di un'identica funzionalità strumentale rispetto al danno ambientale, poiché tale tratto, da un canto, non spiega la cesura concettuale rispetto alla riparazione (lett. l) art.240 codice) e alle varie misure di messa in sicurezza (lett. m), n) e o) art.cit.) che paiono accomunate dal presupposto di un fenomeno di danno già iniziato e non solo temuto; d'altro canto, la circostanza per cui la condizione di emergenza (lett.t) imponga una strutturazione provvisoria della misura denuncia, anch'essa, non solo un'ontologica distinzione rispetto ai presupposti di un'azione preventiva (per sua natura anteriore al danno-fenomeno) ma nemmeno può dirsi



‘strumentale ad interventi successivi’, tant’è che la citata lett. m) espressamente li ipotizza siccome eventuali ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente, con ciò ammettendo che una pronta ed efficace m.i.s.e. possa avere pertanto assunto ben ipotizzabile piena portata bonificatrice; in questo senso, non va ragionevolmente escluso, stando alla sequenza progressivamente grave delle misure di cui all’art.240 cod. amb., che già una m.i.s.e. di successo, a danno in corso, esaurisca l’intervento come operazione necessaria e anche definitiva, connotandosi allora anche la immediatezza su piano diverso rispetto alla prevenzione; la descritta esigenza classificatoria e distintiva risulta invero e semmai acuita e non scoraggiata, per quanto complessa, dalla proliferazione denominativa degli istituti regolati ulteriormente dallo stesso cod. amb. che ora prevede, tra gli Allegati al Titolo V della parte Quarta (2000) Allegato 3 - Criteri generali per la selezione e l'esecuzione degli interventi di bonifica e ripristino ambientale, di messa in sicurezza (d'urgenza, operativa o permanente), nonché per l'individuazione delle migliori tecniche d'intervento a costi sopportabili, la figura della messa in sicurezza d'urgenza (non contemplata all’art.240) e ne descrive gli interventi siccome mirati a rimuovere le fonti inquinanti primarie e secondarie, ad evitare la diffusione dei contaminanti dal sito verso zone non inquinate e matrici ambientali adiacenti, ad impedire il contatto diretto della popolazione con la contaminazione presente;

30. orbene, al di là dei limiti di armonizzazione della disciplina sulla bonifica dei siti contaminati con quella sul danno ambientale e della incertezza propria di un’indubbia proliferazione degli interventi, tecnici e di prescrizione amministrativa, sono enucleabili taluni elementi tipizzanti e distintivi; tra essi, l’immediatezza (entro 24 ore) e l’entità molto limitata (per complessità tecnica e onere economico) degli interventi di prevenzione, che anche il proprietario incolpevole deve porre in atto, in presenza di una minaccia imminente di danno ambientale, ancora non verificato (per la ristrettezza temporale confliggente con un’analisi scientifica esaustiva), ma che risulta come evidenza immediatamente riconoscibile, nonché ed invece la tempestività della m.i.s.e., quale intervento progressivamente necessario ed urgente che solo il responsabile della contaminazione deve realizzare, in caso di potenziale o accertato superamento delle CSC nell’ambito della disciplina sulla bonifica, in attesa delle ulteriori attività (caratterizzazione, eventuale bonifica/messa in sicurezza operativa e ripristino ambientale), previste dalle procedure contenute nella parte IV del codice dell’ambiente;

31. coerentemente con tali premesse, parte della giurisprudenza amministrativa – in adesione a dottrina maggioritaria - ha sovente escluso un coinvolgimento coattivo del proprietario, per il fenomeno di inquinamento non ascrivibile alla sua sfera, dalle attività di rimozione, prevenzione e messa in sicurezza di emergenza (Consiglio di Stato, VI, 7 novembre 2016, n. 4647; 9 febbraio 2016, n.550; 10 settembre 2015, n.4225); in precedenza, in molte occasioni le amministrazioni - specie nei contesti di difficoltà di istruttoria completa e adeguata verifica sull’origine della contaminazione, con la impossibilità di selezione certa del



responsabile dell'inquinamento - per non dover far fronte ai costi, anche ingenti, del risanamento ambientale, hanno esteso gli obblighi esigibili dal proprietario incolpevole, imponendogli l'esecuzione degli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale ed una parte delle pronunce dei giudici amministrativi aveva asseverato tale estensione; si trattava invero di contrasti, culminati nella sottoposizione, da parte dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e nel corso del 2013, di due rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia (13 novembre, n.25 e 25 settembre, n.21) interrogata sulla ostatività o meno dei principi dell'Unione Europea in materia ambientale ad una normativa, come ricostruita, che - in caso di accertata contaminazione del sito e impossibilità di individuare il soggetto responsabile ovvero ottenere da quest'ultimo l'esecuzione degli interventi di riparazione - non consenta alla P.A. di imporre l'esecuzione delle misure di sicurezza d'emergenza e di bonifica al proprietario non responsabile, prevedendo, a suo carico, solo una responsabilità patrimoniale limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica; è all'esito di questa complessa elaborazione che la CGUE (nella cit. pronuncia 4 marzo 2015 in C-534/13, resa su ordinanza C.d.S. 8 luglio 2013), ha chiarito che la Direttiva 2004/35/CE deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale ... la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi; la rimessione è evidentemente avvenuta nella ostensione di un indirizzo, poi ripreso dai precedenti sopra segnalati ed altri anteriori e poi di autoconformazione (C.d.S., sez. VI, 18 novembre 2011, n. 2376; C.d.S., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3885; C.d.S., sez. II, 30 aprile 2012, parere n. 2038; e poi C.d.S., sez. V, 7 giugno 2017, n. 2724; con aperture C.d.S., sez. V, 8 marzo 2017, n. 1089; C.d.S., sez. VI, 7 novembre 2016 n. 4647; C.d.S., sez. VI, 5 ottobre 2016, n. 4099; C.d.S., sez. V, 30 luglio 2015, n. 3756), di continuità rispetto alla «unica interpretazione compatibile con il tenore letterale delle disposizioni in esame» (Ad. plen., 13 novembre 2013, n. 25; C.d.S., Ad. plen., 25 settembre 2013, n. 21);

32. la descritta ricostruzione dell'istituto, a sua volta, appare recepita in altra più recente giurisprudenza amministrativa, per quanto non univoca, come precisato nella pronuncia del Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2021, n. 5742 per la quale l'Amministrazione non può imporre al proprietario di un'area inquinata, che non sia anche l'autore dell'inquinamento, l'obbligo di realizzare le misure di messa in sicurezza di emergenza e bonifica, di cui all'art. 240, co. 1, lett. m) e p), cod. amb., in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto espressamente previsto dall'art. 253, in tema di oneri reali e privilegio speciale immobiliare, tale essendo la netta distinzione tra la figura del responsabile dell'inquinamento



e quella del proprietario del sito, che non abbia causato o concorso a causare la contaminazione; così che, come ancora ribadito, il proprietario 'non responsabile' dell'inquinamento è tenuto, ai sensi dell'art. 245, co. 2, ad adottare le misure di prevenzione di cui all'art. 240, co. 1, lett. i), ma non le misure di messa in sicurezza d'emergenza e bonifica di cui alle lett. m) e p) (per Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2021, n. 8702); altre pronunce, tuttavia, pur generalmente negando che a carico del proprietario incolpevole possano essere addossati oneri di bonifica (stante la rispettiva natura sanzionatoria), ammettono, con il richiamo al principio di precauzione, l'inerenza anche delle misure di messa in sicurezza d'emergenza tra quelle preventive, potenzialmente gravanti sul proprietario o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all'ambiente solo perché egli è tale senza necessità di accertarne il dolo o la colpa (Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2022, n. 5863 e 5864; Cons. Stato, Sez. IV, 2 maggio 2022, n. 3426); viene al contempo ribadito che il vigente quadro normativo nazionale non ammette peraltro un criterio di imputazione basato sulla responsabilità di posizione a carico del proprietario incolpevole, restando escluse ipotesi di responsabilità svincolata persino da un contributo causale alla determinazione del danno (Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2022, n. 1630);

33. per parte sua, questa Corte, applicando la Direttiva 2004/35/CE ed i suoi principi derivati nel cod. amb., in una vicenda afferente ai compiti attribuibili al titolare di una concessione di derivazione di acque ad uso irriguo, ha ritenuto – in sede di analogo scrutinio di una pronuncia del TSAP – che legittimamente rientrano in un'attività di prevenzione quelle, con i correlativi costi, di monitoraggio della qualità delle acque e le operazioni di sospensione della captazione, ove sia rilevato un superamento della CSC, ma va escluso che allo stesso soggetto, «in quanto sicuramente non responsabile del potenziale inquinamento, possa prescriversi, come invece fatto ... nel provvedimento impugnato, di adottare tecniche di rimozione dei fattori inquinanti»; ciò laddove esse, «in quanto implicanti misure di riparazione primaria, debbono far carico unicamente al responsabile della contaminazione, ove individuato, in forza del principio "chi inquina paga"» (Cass. s.u. 25039/2021);

34. ai fini di causa, rilevano conseguentemente le ulteriori affermazioni della cit. CGUE 4 marzo 2015: a) uno dei presupposti essenziali per l'applicazione del regime di responsabilità istituito dalla Direttiva è l'individuazione di un operatore che possa essere qualificato come responsabile (§49); b) spetta in linea di principio all'operatore all'origine del danno ambientale prendere l'iniziativa di proporre misure di riparazione che egli reputi adeguate alla situazione ed è al medesimo che l'autorità competente può imporre di adottare le misure necessarie (§50), soggetto che l'autorità ha l'obbligo di individuare (§51); c) censendo le attività diverse da quelle professionali (ai sensi dell'art.2 co. 6 e 7) l'obbligo dell'autorità competente di accertare un nesso causale si applica, come nel regime di responsabilità ambientale oggettiva degli operatori, anche per la responsabilità ambientale soggettiva da dolo o colpa dell'operatore di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera b) (§55-56), mentre se non può essere dimostrato alcun



nesso causale tra il danno ambientale e l'attività dell'operatore, tale situazione rientra nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale (§59); d) l'art. 16 della Direttiva prevede, conformemente all'art. 193 TFUE, la facoltà per gli Stati membri di mantenere e adottare disposizioni più severe in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, compresa, in particolare, l'individuazione di altri soggetti responsabili, ma a condizione che tali misure siano compatibili con i Trattati (§61);

35. l'ultima asserzione, per quanto circoscritta ad una condizionalità particolarmente sintetica e però netta, espone così il monito, rivolto agli ordinamenti degli Stati membri, di non supportare innanzitutto sistemi amministrativi in cui sia direttamente la condotta delle autorità ad imporre regimi più stringenti, vale a dire misure diverse da quelle di prevenzione nei confronti del proprietario incolpevole, essendo l'eventuale previsione di spettanza del solo legislatore; se già tale indicazione soddisfa garantisticamente un requisito di tassatività della responsabilità ambientale in capo al soggetto non autore del danno, il profilo selettivo che la sostiene può agevolare, ermeneuticamente, anche l'indagine sulle norme positive che, come nel nostro ordinamento, lascino il dubbio di fattibilità dell'estensione – all'insegna dei principi di precauzione, azione preventiva e correzione in via prioritaria alla fonte, oltre che del principio 'chi inquina paga' – di una diversa regola attrattiva; proprio l'intima correlazione del principio da ultimo descritto (di sicura impostazione nella Direttiva) con gli altri di codificazione italiana ex artt. 3^{ter} e 301 cod.amb. e con anticipazione programmatica all'art.191 par.2 Trattato CE, che dunque non dovrebbero con esso entrare in collisione, induce - anche per questa via - a risolvere l'interrogativo evitando che l'instaurazione di obblighi più restrittivi sia perseguita, oltre che con scarsa chiarezza di fattispecie nelle rispettive misure, conducendo ad una possibile sostituzione generalizzata all'effettivo responsabile del danno del diverso soggetto-proprietario non colpevole; ne consegue che considerare le misure di messa in sicurezza di emergenza alla stregua di una sottoclasse delle misure di prevenzione espone ad un contrasto con la stessa sentenza CGUE del 4 marzo 2015 posto che tale assimilazione produrrebbe l'effetto di imporre, nella sostanza, un obbligo di riparazione di un danno già in essere a carico di un soggetto non responsabile della contaminazione che l'ha determinato;

36. osserva altresì il Collegio che, non dissimilmente, anche la Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente fissa l'esigenza di sanzioni maggiormente dissuasive per le attività che danneggiano l'ambiente, le quali generalmente provocano o possono provocare un deterioramento significativo (cons. 3, art.3); si tratta di locuzione più volte ripetuta, come per il caso di qualsiasi azione che provochi il significativo deterioramento di un habitat all'interno di un sito protetto (art.3 co.1 lett. h) e risulta coerente anche quando responsabilizza le persone giuridiche per



carenze nella sorveglianza o nel controllo in relazione causale con la commissione di un reato (art.6 co.2);

37. a propria volta, un quadro altrimenti vago circa l'accertamento di quali siano gli obblighi di bonifica stabiliti per legge o per ordine dei giudici e delle amministrazioni costituisce circostanza ostativa ad un corretto funzionamento circolare del sistema delle tutele ambientali, posto che esso appare oggi presidiato altresì penalmente, con l. 22 maggio 2015, n. 68 e tra i reati mediante la fattispecie di omessa bonifica; secondo l'art. 452 *terdecies* c.p. la punizione, salvo che il fatto costituisca più grave reato, concerne la condotta di chiunque, essendovi obbligato per legge, per ordine del giudice ovvero di un'autorità pubblica, non provvede alla bonifica, al ripristino o al recupero dello stato dei luoghi; ne discende come una puntuale definizione degli obblighi da attribuire al responsabile della contaminazione e, rispettivamente, al proprietario incolpevole, agevoli il percorso ricognitivo, con le distinte responsabilità, altresì di un assetto dell'intera materia meglio e doverosamente predicibile;

38. in precedenza, e come accennato, già CGUE 9 marzo 2010, in C-378/08 (investita da TAR Sicilia, con decisione 5 giugno 2008), aveva rinviato al diritto nazionale, per le ipotesi di responsabilità ambientale non direttamente previste dalla Direttiva, aprendo alla possibile desumibilità del nesso causale (per l'inquinamento a carattere diffuso) dalla relazione fra operatore e sito, ma imponendo, con la doverosa sussistenza del requisito perché voluto dal principio 'chi inquina paga', la plausibilità degli indizi che diano fondamento alla presunzione, quali la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati da detto operatore nell'esercizio della sua attività; con ciò, era affermata la imprescindibilità dell'accertamento del nesso causale;

39. i principi così emersi, per come qui riassunti e a loro volta, scongiurano poi il dubbio di perplessità costituzionale, pur alla stregua della novellazione degli artt.9 e 41 Cost. attuata con la legge 11 febbraio 2022, n.1; quanto al primo, non appare allo stato irragionevole il sistema distributivo della responsabilità ambientale tuttora vigente, imperniato proprio sul perseguimento della riparazione e fino alla estrema attuazione dell'intervento pubblico sostitutivo rispetto all'inerzia o non individuazione del responsabile, quest'ultimo censito in base all'attività potenzialmente contaminante o al nesso causale di altre parimenti interferenti; quanto alla seconda disposizione, la perplessità appare superabile già in ragione del dato testuale che, disciplinando i limiti – oggetto di riserva di legge - dell'iniziativa economica, contraddice un ipotizzabile immediato richiamo altresì ad una situazione soggettiva non contraddistinta da attività a quella riconducibile, posta la staticità della condizione giuridica del proprietario in quanto tale; in realtà, la riserva di legge non solo orienta ad una soluzione coerente con il precetto del giusto processo ex art. 111 co.1 Cost., ma risulta ricompresa, ai fini di causa, nella matrice legale di ogni prestazione ex art.23 Cost., oltre che nella latitudine dei



limiti gravanti sulla proprietà ex art.42 Cost., concorrendo ad innalzare, con la certezza del diritto, e dunque sicurezza della medesima decisione anche amministrativa per casi uguali, la cennata prevedibilità della stessa decisione giudiziaria;

40. infine, la specialità della disciplina applicata neutralizza altresì la portata attribuita in sentenza (pag. 14) alla attività di ‘caratterizzazione’ spontanea perseguita dalla ricorrente, posto che l’erroneità del complesso ordine d’intervento impartito a FIBE, mediante gli atti unitariamente impugnati, travolge i connotati dell’inadempimento, non facendo valere la P.A. la circostanza in termini di obbligazione quanto piuttosto di ‘anticipazione di quell’apporto collaborativo tra privato e P.A. nella gestione dello stato di crisi ambientale’; si tratta di un titolo giustificativo che viene meno in ragione dell’accoglimento dei primi due motivi, apparendo erronea la richiesta di m.i.s.e. a carico di soggetto provatamente estraneo ad un nesso causale con l’inquinamento ed altresì assente una comprovata ricerca del responsabile dell’inquinamento, cui era comunque tenuta l’amministrazione; 41. il terzo e quarto motivo, per un profilo risultano assorbiti, ove la sentenza, erroneamente e come visto, ascrive al proprietario incolpevole una responsabilità oggettiva che prescinde dal nesso causale, oltre che dall’elemento soggettivo; per altro profilo, le censure sono fondate, trascurando la sentenza che l’inapplicabilità degli artt.2050-2051 c.c. – al di là della non perspicua portata argomentativa assunta dal relativo richiamo nella ratio decidendi di pag. 19 - discende direttamente dalla natura interamente speciale propria del codice dell’ambiente; si è cioè di fronte, dopo l’introduzione della Direttiva 2004/35/CE, ad un corpo normativo appositamente dedicato, come chiarito in dottrina, alla tutela dell’illecito ecologico, ormai slegato dal sistema regolativo dell’illecito civile ordinario di cui agli artt. 2043 e s. c.c., come si evince dalla minuta descrizione tanto del regime di responsabilità quanto dei soggetti responsabili – e tra essi, primariamente, gli operatori professionali – e soprattutto del perimetro di applicazione della disciplina, il quale viene escluso nei casi di fenomeni naturali di carattere eccezionale, incontrollabili o inevitabili; ne discende l’insussistenza di una comunanza operativa fra il regime di responsabilità per danno ambientale di cui alla Parte VI cod. amb. e quello per cose in custodia di cui all’art. 2051 c.c., mentre la nozione di attività pericolosa dell’art.2050 c.c. appare piuttosto trasfigurata nel codice, per altri fini, nella nozione di attività professionale di cui all’art.298bis; anche la giurisprudenza amministrativa, valorizzando i compiti di realizzo delle opere di bonifica in capo alle amministrazioni e nella prospettiva dell’attribuzione ad esse del privilegio sul fondo a carico del proprietario incolpevole, ha escluso il possibile ricorso alla responsabilità da custodia a carico di costui (Consiglio di Stato Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 56 e Sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2376; con chiarezza rinviando ad una nozione di sussidiarietà, Consiglio di Stato, Sez. V, 30 luglio 2015, n.3756);

42. la Corte di cassazione, a propria volta, oltre che nella fattispecie della derivazione idrica di cui alla cit. Cass. s.u. 25039/2021, già aveva trattato la questione chiarendo che la disciplina



applicabile alla vicenda (interventi diretti alla tutela dell'integrità dell'ambiente lagunare attraverso azioni di disinquinamento, bonifica e/o messa in sicurezza dei siti) pur non dovendo essere individuata in quella di cui al d.lgs. 2 aprile 2006, n. 152, priva di carattere retroattivo, ma nell'art. 17 del d.lgs. 22 aprile 1997, n.22 (vigente al momento dei fatti), era anch'essa ispirata al comune principio per cui l'obbligo di adottare le misure idonee a fronteggiare la situazione di inquinamento è a carico di colui che di essa sia responsabile per avervi dato causa (secondo la formula "chi inquina paga"); per cui anche per Cass. 17045/2018 in capo al proprietario non autore della violazione andava escluso l'obbligo di provvedere direttamente alla bonifica, diversa essendo la facoltà di intervenire volontariamente per evitare le eventuali conseguenze derivanti dai vincoli gravanti sull'area (con argomenti già in Cass. 5705/2013); stante il tenore dell'accoglimento dei motivi trattati, risultano assorbiti i restanti;

43. conclusivamente, il ricorso va accolto, con riguardo ai primi quattro motivi, restando assorbiti gli altri, con cassazione della sentenza impugnata e rinvio al TSAP, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del procedimento.

P.Q.M.

la Corte accoglie il ricorso, quanto ai primi quattro motivi, con assorbimento dei restanti, cassa e rinvia al TSAP, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del procedimento.

1. Le Sezioni Unite tornano sull'imputazione della responsabilità per danno ambientale

La sentenza in commento assume una particolare rilevanza in quanto interviene sulla dibattuta questione del diritto ambientale in relazione alla distribuzione delle responsabilità nel caso in cui si verifichi un danno ambientale²².

Le Sezioni Unite preliminarmente sottolineano come la disciplina multilivello in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale abbia puntato in particolare su principi già presenti nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ora art.191 TFUE): la politica dell'Unione contribuisce a perseguire, tra gli altri, salvaguardia, tutela e miglioramento della

²² Cfr. A. Amoroso, *Nuovi rilievi sull'attività volta all'accertamento della responsabilità dell'inquinamento del sito*, in *Riv. giur. amb.*, 6, 2006, 318 ss.; G. Manfredi, *La bonifica dei siti inquinati tra sanzioni, misure ripristinatorie e risarcimento del danno all'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 5, 2002, 667 ss.; L. Prati, *Il danno da inquinamento e la disciplina delle bonifiche: l'aspetto della responsabilità civile*, in B. Pozzo (a cura di) *La nuova responsabilità civile per danno all'ambiente. Le problematiche italiane alla luce delle iniziative dell'Unione europea*, Milano, 2002, 147 ss.; G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015.



qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali (co.1), così mirando a un elevato livello di tutela, nonché il principio "chi inquina paga" (co.2).

Dalla lettura combinata di tali assunti con la Direttiva del 21 aprile 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio²³ deriva che grava sull'operatore che provoca un danno ambientale o causa una minaccia imminente di tale danno il dovere di sostenere il costo delle necessarie misure di prevenzione o di riparazione. Difatti, imporre al soggetto inquinatore l'obbligo di riparare il danno o, in alternativa di tenere indenne la comunità territoriale che l'abbia evitato o rimosso, significa addossare le esternalità negative (conseguenti alla produzione o al commercio di beni e servizi) a carico del soggetto cui sia riferibile l'attività, evitando alterazioni di mercato (per qualità dei prodotti e livelli di concorrenza), senza oneri per la collettività ovvero costi assunti in via definitiva dall'ente pubblico.

Tuttavia, posto che ormai non sussistono dubbi sull'interpretazione del principio del "chi inquina paga", la questione critica è individuare la natura della responsabilità del soggetto autore dell'inquinamento²⁴, con contrapposizione di una responsabilità oggettiva, vincolata esclusivamente alla sussistenza del nesso causale tra condotta e danno²⁵, ad una imputazione di tipo soggettivo vincolata all'elemento psicologico dell'autore della condotta inquinante²⁶.

La Suprema Corte evidenzia che il criterio d'imputazione della responsabilità proprio della Direttiva è invero ricavabile dalla sua valorizzazione di tipo oggettivo con la possibilità, permessa agli Stati membri, di mediare le esigenze dello sviluppo economico, costruendo modelli di responsabilità mista, come forme eccezionali di esonero se il danno è riconducibile ad una terza fonte e nonostante ogni misura di sicurezza o per effetto di un ordine

23 La Direttiva 2004/35/CE si è proposta di far applicare alle legislazioni nazionali la prevenzione e la riparazione del danno ambientale secondo il ripetuto principio «chi inquina paga» (artt.1 e 7, All. II), coerentemente con lo sviluppo sostenibile, sancendo che l'operatore la cui attività ha causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno sarà considerato finanziariamente responsabile in modo da indurre gli operatori ad adottare misure e a sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale (cons. 2), dunque privilegiando nettamente l'obiettivo della eliminazione in natura del danno ambientale rispetto alla prospettiva risarcitoria (per equivalente) e fissando una funzionalità altrettanto chiaramente imperniata sulla rilevanza anche giuridica delle attività professionali che presentano un rischio per la salute umana o l'ambiente (cons. 8).

24 Sull'argomento, V. Corriero, *La "responsabilità" del proprietario del sito inquinato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2440 ss.; R. Lombardi, *Il problema dell'individuazione dei soggetti coinvolti nell'attività di bonifica dei siti contaminati*, in P.M. Vipiana Perpetua (a cura di), *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, Padova, 2002, 111 ss

25 Per approfondimenti, R. Ferrara, C.E. Gallo (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente. Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014.

26 Cfr. S. Baiona, *Nessuna responsabilità oggettiva in capo al proprietario "incolpevole" per l'abbandono di rifiuti sul fondo di sua proprietà*, in *Riv. giur. amb.*, 10, 2009, p. 2127 ss.; M. Santoloci, *La responsabilità soggettiva del proprietario del terreno per la bonifica dei siti inquinati*, in *Dir. giur. agr.*, 2001, 742 ss..



dell'autorità. Parimenti, rileva il principio della colpa del soggetto agente, in ragione del quale l'operatore può essere escluso dal sostenere i costi delle azioni di riparazione assunte secondo la Direttiva se provi che non gli sia attribuibile un comportamento doloso o colposo; tuttavia, la mancata elencazione di un'attività professionale tra quelle pericolose determina che il danno o la sua minaccia implicino una responsabilità solo ai sensi di un preciso criterio d'imputazione psicologico della relativa condotta, nell'ulteriore presupposto di una prova del nesso causale tra attività svolta dall'operatore e danno ambientale.

Nel recepire la direttiva comunitaria, l'art.311 del Cod. Amb. stabilisce la responsabilità oggettiva dell'operatore che attui specifiche attività professionali elencate e soggettiva (per colpa o dolo) in capo a chiunque altro cagioni un danno ambientale (co.2)²⁷, con conseguente differenziazione in ragione del particolare tipo di attività posta in essere dall'operatore.

In tale complesso contesto ricostruito dalla Suprema Corte assume una rilevanza centrale la distinzione tra i doveri incombenti sul proprietario incolpevole dell'inquinamento ed il responsabile dell'inquinamento: il proprietario è tenuto soltanto ad adottare le misure di prevenzione idonee a contrastare un evento che abbia creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente; in contrapposizione, il responsabile dell'inquinamento è obbligato in modo più stringente ad adottare le misure necessarie di prevenzione, le misure di messa in sicurezza di emergenza e di bonifica del sito inquinato, con conseguente impossibilità dell'Amministrazione di imporre tali ultimi obblighi al proprietario non responsabile dell'inquinamento²⁸.

2. Profili fiscali del principio "chi inquina paga"

Nello specifico, il tema della responsabilità ambientale ha il suo fulcro nella Direttiva 2004/35/CE che offre una importante precisazione affermando che l'operatore la cui attività

27 D.Lgs. 152/2006 , art. 311, co.II: quando si verifica un danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'allegato 5, gli stessi sono obbligati all'adozione delle misure di riparazione secondo i criteri ivi previsti, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto. Ai medesimi obblighi è tenuto chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa. Solo quando l'adozione delle misure di riparazione anzidette risulti in tutto o in parte omessa, o comunque realizzata in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare determina i costi delle attività necessarie a conseguire la completa e corretta attuazione e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti.

28 R. Leonardi, *A ciascuno il suo: le S.U. della Corte di Cassazione intervengono sulla portata del principio "chi inquina paga" e sul sistema distributivo delle responsabilità ambientali*, in *Dir. e proc. amm.*, 3 maggio 2023. Per l'Autore " anche alla luce degli artt. 9 e 41 della Cost., modificati con l. cost. n. 1/2022 viene considerato non irragionevole il sistema distributivo della responsabilità ambientale tuttora vigente, imperniato proprio sul perseguimento della riparazione e fino alla estrema attuazione dell'intervento pubblico sostitutivo rispetto all'inerzia o alla non individuazione del responsabile".



abbia causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno debba essere considerato finanziariamente responsabile²⁹.

Tale disposizione è conforme alla finalità propria del legislatore comunitario di indurre gli operatori ad adottare misure e a sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale.

Da ciò, l'articolazione del principio in esame può condurre ad una elaborazione civilistica/risarcitoria³⁰, quale responsabilità per danno ambientale sancita dall'art. 311 del D.Lgs. 152/2006, ovvero fiscale³¹, nelle forme di imposizione tributaria, o ancora ad una concezione ampia ed omnicomprensiva che ammette la possibilità di ricorrere a differenti strumenti di tutela dell'ambiente, che spaziano dal risarcimento del danno e dalle ecotasse alle sanzioni penali e amministrative.

Pertanto, il principio "chi inquina paga" può servire sia a prevenire il danno ambientale, attraverso norme che fissano i livelli massimi d'inquinamento o i limiti di tollerabilità delle emissioni prodotte dagli impianti industriali, sia a porre rimedio alle condotte inquinanti, mediante strumenti risarcitori, sanzionatori o tributari capaci di far lievitare il costo delle condotte e dei prodotti lesivi dell'ambiente³².

Accanto alla sua naturale funzione di riparto delle spese pubbliche secondo eterogenei schemi impositivi, il Fisco influenza le scelte di cittadini e imprese modulando l'intensità del prelievo in relazione alle loro attività e alle loro caratteristiche, secondo scelte che appartengono, prevalentemente, alla discrezionalità del legislatore nazionale. Anche nella sua dimensione promozionale, che si esprime in agevolazioni, esenzioni, crediti d'imposta ed altri regimi premiali, il Fisco concorre all'attuazione di strategie destinate ad influenzare il rapporto tra uomo e natura. La leva fiscale, infatti, integra gli ordinamenti giuridici nella promozione

29 Considerando n.2 Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004.

30 Sul punto, B. Caravita, *I principi della politica comunitaria in materia ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 1991, p.207.ss; P. Bianchi, G. Cordini, *Comunità europea e protezione dell'ambiente*, Padova, 1983; F. Giampietro, *La responsabilità per danno all'ambiente*, Milano, 1988.

31 Per approfondimenti, V. Picciaredda - P. Selicato, *I tributi e l'ambiente*, Milano, 1996; C. Verrigni, *La rilevanza del principio comunitario "chi inquina paga" nei tributi ambientali*, in *Rass. trib.*, 5, 2003, p. 1614; R. Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012; P. Selicato, *Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga"*, in *Rass. Trib.*, 4, 2005, p. 1159.

32 S.A. Parente, *Tassazione ambientale e politiche d'intervento: principi, rimedi e forme di prelievo. Parte seconda*, in *RTDT*, 3, 2020, p. 637, il quale afferma che "il tributo ambientale, accanto alla finalità di procurare entrate all'erario, può perseguire obiettivi extrafiscali – la tutela dell'ambiente, della salute umana e del paesaggio – attraverso la tassazione del consumo di beni e servizi inquinanti e lo sviluppo di condotte e processi produttivi ecocompatibili, per disincentivare le produzioni nocive e l'utilizzo di risorse naturali in via di esaurimento". Cfr. anche V. Stefani, *Finalità e limiti della tassazione ambientale*, in *Boll. trib.*, n. 20, 1999; F. Batistoni Ferrara, *I tributi ambientali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 2008, p. 1094; R. Ballardares Saballos, *Le imposte con fini extrafiscali. Profili costituzionali e di teoria generale*, in A.F. Uricchio (a cura di), *Imposizione di scopo e federalismo fiscale*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2013.



di modelli sostenibili di sviluppo e nella ricerca di rimedi ai danni procurati all'ambiente con una crescente consapevolezza di quanto sia importante adottare un approccio coeso a temi che travalicano i confini delle singole giurisdizioni. Al suo interno convergono istituti di varia epoca e di differente livello territoriale (si pensi alla dimensione comunale della tassazione dei rifiuti, da un lato, e ai recenti propositi di revisione del Codice Unico doganale europeo in chiave "green", dall'altro) il cui tratto comune può identificarsi nell'esigenza di favorire la convergenza dei comportamenti individuali con le politiche pubbliche secondo soluzioni che, anche grazie ad una crescente e sempre più diffusa sensibilità ambientale, influenzano e indirizzano i sistemi produttivi e i consumi verso una sempre più urgente "transizione ecologica"³³.

A conferma, il principio "chi inquina paga" - che sta alla base di un diverso utilizzo degli strumenti di mercato promuovendo diversi modelli di consumo e di produzione sostenibili al fine di internalizzare gli impatti ambientali positivi e negativi - ha assunto il carattere di principio di efficienza economica, connaturato all'esigenza di una razionale gestione delle risorse ecologiche, secondo un approccio mutuato dalla teoria economica, in particolare dalla cd. economia del benessere. Le attività ecologicamente dannose creano una diseconomia esterna, facendo sopportare ad un terzo o alla generalità dei consociati un costo - denominato esterno - che non è contabilizzato dai soggetti agenti ed è in grado di inibire l'efficiente allocazione delle risorse. In presenza di attività inquinanti, occorre ricercare strumenti in grado di internalizzare i costi dell'inquinamento, tentando, nel contempo, di correggere - o almeno di contenere - i meccanismi distorti che provoca l'inquinamento³⁴.

33 A.F. Uricchio; G. Selicato, *La fiscalità dello sviluppo sostenibile*, in *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, a cura di A.f. Uricchio, A. Buonfrate, Milano, 2023, pp.938 - 939. Gli Autori sostengono che "muovendo da un approccio tradizionale, che assume il principio del consenso a tratto identitario delle scelte impositive, la dimensione nazionale della fiscalità ambientale può rivelarsi inadeguata per svariate ragioni. In primo luogo, per la gravità assunta dalla crisi climatica che rende urgente l'adozione di un approccio coeso, a livello globale, nell'azione di contrasto al global warming, da promuoversi in stretto raccordo con il progresso tecnologico e con l'evoluzione in atto dei modelli socio-economici. In secondo luogo per la molteplicità ed intrinseca connessione degli interessi coinvolti nelle scelte di governo del territorio che rendono difficile conciliare le ragioni dello sviluppo economico e della piena occupazione con il rispetto dell'ambiente e la necessaria salvaguardia delle risorse naturali. Da ultimo, per la necessità di indirizzare e distribuire le risorse pubbliche a sostegno di onerose misure di contenimento delle conseguenze di altre concomitanti ed imprevedibili situazioni di crisi, in primis quelle determinate dall'emergenza pandemica e da quelle belliche. Queste condizioni di contesto inducono a prediligere uno studio della fiscalità in senso funzionale, con un approccio più ampio e differente rispetto alle tradizionali indagini sulla giustificazione del prelievo o sul ruolo delle entrate tributarie nel sistema delle risorse proprie degli enti impositori e delle comunità sovranazionali".

34 R. Alfano, *L'Emission Trading Scheme: applicazione del principio "chi inquina paga", positività e negatività rispetto al prelievo ambientale*, in *Innovazione e Diritto*, 5, 2009, p. 1 ss.



E' proprio in tale contesto, quindi, che la leva fiscale può svolgere un ruolo fondamentale attraverso l'istituzione degli ampiamente dibattuti tributi ambientali e dei relativi prelievi sulle attività ecosostenibili.

E' un dato ormai acquisito che un tributo, per essere ambientale in senso proprio, deve essere caratterizzato dall'esistenza di un nesso di causalità necessaria, da una relazione diretta tra il presupposto e il fatto materiale – l'unità fisica – che determina un deterioramento dell'ambiente scientificamente accertato e sostenibile; un deterioramento che, per giustificare l'imposizione, deve essere non assoluto, ma relativo, perciò sopportabile, possibilmente reversibile, eventualmente riparabile: il deterioramento non sostenibile e irreversibile non rientra, infatti, nella strumentazione tributaria, perché in questi casi l'unità fisica che lo produce non può che essere colpita con divieti e relativi strumenti sanzionatori e non certo "legittimata" dallo strumento tributario (o comunque, da altre misure economiche)³⁵.

Le difficoltà derivanti dalla commisurazione dei tributi ambientali al pregiudizio arrecato all'ambiente e le complessità insite nell'individuazione della capacità economica manifestata dal soggetto agente hanno suggerito la diretta applicazione del principio "chi inquina paga", facendolo assurgere a fatto indice di capacità contributiva in grado di legittimare il tributo a carico di colui che ha posto in essere la condotta inquinante e di parametrarne la forza economica ai costi di ripristino ambientale: la giustificazione costituzionale dei tributi ambientali verrebbe, in tal modo, ricollegata alla responsabilità dell'autore dell'azione lesiva, dando luogo ad un utilizzo "improprio" dello strumento fiscale in un'ottica sanzionatoria e risarcitoria. In realtà, un'imposizione basata sul principio "chi inquina paga", generando prestazioni di natura risarcitoria, sanzionatoria ed indennitaria, non sembrerebbe aderente all'art. 53 Cost., in mancanza di un nesso – anche solo mediato – con la concreta capacità contributiva manifestata dal soggetto agente³⁶.

Ulteriori dubbi interpretativi sono stati posti in merito alla configurazione del tributo ambientale come imposta o tassa e alla conseguente compatibilità con il principio di capacità contributiva.

35 F. Gallo, *I problemi della tassazione ambientale*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2, 2021, p.3.

36 S.A. Parente, *Tassazione ambientale e politiche d'intervento: principi, rimedi e forme di prelievo. Parte seconda*, op.cit., p. 898, che sottolinea come sia "difficile giustificare la conformità all'art. 53 Cost. di un prelievo avente per presupposto una fattispecie che, pur incidendo direttamente su beni d'importanza primaria, non sempre è indice di ricchezza: è il caso delle emissioni inquinanti e, dunque, dei tributi sull'NOx, SO2 e CO2, che, malgrado l'indiscusso pregiudizio arrecato all'ambiente, difficilmente manifestano capacità contributiva, intesa nell'accezione solidaristica di esplicazione di un dovere di solidarietà sociale (art. 2 Cost.).

Tralasciando le peculiarità delle imposte e delle tasse³⁷, giova in questa sede rilevare come il presupposto della tassa ambientale sarebbe da rinvenire nella richiesta, formulata dal privato all'ente pubblico, di beneficiare del servizio di risanamento del danno ambientale cagionato dallo svolgimento della propria attività economica: a fronte della corresponsione della tassa, lo Stato provvede a dar corso alle attività di ripristino ambientale, conseguenti alla condotta inquinante³⁸.

Il limite oggettivo di una tale ricostruzione sarebbe quello di consentire una condotta lesiva salvo poi intervenire rimuovendo le conseguenze negative causate all'ambiente. Ciò contrasta con il fine della normativa in tema danno ambientale caratterizzato dalla prevenzione dell'ambiente e dall'attuazione di misure di sostenibilità ambientale³⁹. Proprio tale ultimo aspetto, ovvero qualificare il tributo ambientale come una prestazione pecuniaria resa in funzione della prevenzione e della riduzione del deterioramento ambientale, può condurre ad una configurazione come imposta.

Da ciò discende che il tributo ambientale trova la sua naturale collocazione tra le imposte: trattandosi di una prestazione dovuta all'ente pubblico a tutela della collettività per rimediare agli effetti negativi di attività non rispettose dell'ambiente, non può avere natura commutativa⁴⁰.

In tale complessa configurazione, si inserisce il problema dei limiti e delle condizioni in base ai quali l'unità fisica che determina un danno ambientale possa essere assunta a presupposto del tributo nel rispetto del principio costituzionale di capacità contributiva.

Posto che le teorie che assegnano ai tributi ambientali natura commutativa superano l'eventuale compatibilità con la capacità contributiva applicando il principio del beneficio o della controprestazione, di contro l'orientamento che qualifica il tributo ambientale in termini d'imposta ha la necessità d'individuare nella fattispecie una manifestazione di ricchezza da assoggettare ad imposizione, sul presupposto che l'unità fisica fonte di pregiudizio per l'ambiente è fondamento del prelievo solo se conforme al principio di capacità contributiva⁴¹.

37 Su tutti, cfr. A. Fedele, *voce Tassa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 1 ss; Id., *voce Prestazioni imposte*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 1 ss. L. Del Federico, *voce Tassa*, in Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 5853 ss.; G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1997, p. 24 ss.; N. D'Amati, *voce Imposta*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., VI, Torino, 1991, p. 505 ss.; C. Bafile, *voce Imposta*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1987, p. 1 ss..

38 C. Sciancalepore, *Cambiamenti climatici e green taxes*, Bari, 2016, p. 96.

39 Per approfondimenti, F. Gallo - F. Marchetti, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. Trib.*, 1, 1999, pp. 115-148

40 M. Procopio, *La natura non commutativa dei tributi ambientali e la loro compatibilità con il principio di capacità contributiva*, in *Dir. prat. trib.*, 5, 2013, p. 1170.

41 S. A. Parente, *Tassazione ambientale e politiche d'intervento: principi, rimedi e forme di prelievo. parte seconda*, in *RTDT*, 4, 2020, p. 884 ss.



Difatti, il problema risiede nel fornire giustificazione, in termini costituzionali, a forme di prelievo idonee a colpire fattispecie che, pur rivestendo preminente interesse pubblico, non sempre assurgono ad indice di ricchezza.

In passato la capacità contributiva è stata intesa in senso statico, secondo una definizione che – in una prospettiva garantista – l’ha circoscritta ad indici che denotano l’attitudine alla contribuzione, attraverso il riferimento al reddito, al patrimonio e al consumo, ossia ad entità sintomatiche di forza economica e di ricchezza spendibile⁴².

Tuttavia appare più che mai opportuno rilevare che se il principio di uguaglianza, sottinteso all’art. 53 Cost., vuole che chi provoca un pregiudizio sociale alla collettività deve compensare tale pregiudizio, non può negarsi che il tributo ambientale rappresenta uno strumento appropriato per soddisfare tale principio, perché posto a carico proprio del soggetto che, producendo le emissioni inquinanti, provoca il danno sostenibile da “compensare”. Da ciò sarebbe anacronistico non allargare l’ambito della tassazione ad altre manifestazioni economicamente, socialmente e ambientalmente rilevanti come sono, appunto, l’emissione di rumori o gas inquinanti e la stessa estrazione e produzione di sostanze che impoveriscono o provocano danno all’ambiente⁴³.

3. Applicazione del principio “chi inquina paga” nel caso in cui l’autore del danneggiamento ambientale non sia individuabile

Posto che la nozione di operatore di cui all’art.2 co. 6 della Direttiva, come analizzata, appare sufficientemente chiara nel suo collegamento ad una attività, esercitata o controllata ovvero alla titolarità di un potere economico decisivo sul funzionamento tecnico dell’iniziativa, una lettura coordinata del principio “chi inquina paga” ne esige la declinazione integrata con quelli di precauzione e dell’azione preventiva, nonché della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, potendo così fungere il primo non solo da criterio selettivo della responsabilità, ma anche quale limite alla discrezionalità dei pubblici poteri, tutte le volte in cui si intenda limitare attività potenzialmente inquinanti e al fine di tutelare l’ambiente⁴⁴.

Cfr. anche F. Gallo, *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, n. 4, 2015, p. 771 ss.; A. Giovannini, *Quale capacità contributiva?*, in *Dir. prat. trib.*, n. 3, 2020, p. 826 ss.; A.F. Uricchio - G. Selicato, *Circular Economy and Environmental Taxation*, Bari, 2020; R. Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012; M. Aulenta, *Ambiente: piccoli tributi crescono*, in *Riv. dir. fin.*, n. 1, 2020, I, p. 71 ss.

42 R. Alfano, *Tributi ambientali*, op.cit., p.56.

43 F. Gallo, *I problemi della tassazione ambientale*, op.cit., p. 6.

44 Per approfondimenti cfr. A. Giuffrida (a cura di), *Diritto europeo dell’ambiente*, Torino, 2012; P. Dell’Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; M. Meli, *Il principio comunitario “chi inquina paga”*, Milano, 1996.



Come chiarito dalla Corte Giustizia nella sentenza del 4 marzo 2015 in C-534/13⁴⁵, la citata Direttiva «non osta a una normativa nazionale, la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi».

Va tuttavia chiarito se l'interpretazione dell'assetto normativo italiano, conseguente alla progressiva armonizzazione con la Direttiva 2004/35/CE, sia di per sé idoneo, per elementi istituzionali originari ed aggiuntivi rispetto al diritto UE, a giustificare una responsabilità del proprietario in quanto tale.

Allo stato, il confronto va reso rispetto alla giurisprudenza sia civile che amministrativa la quale tuttavia ha spesso escluso dal diritto ambientale italiano la sussistenza in via automatica, a titolo di responsabilità oggettiva per fatto altrui, di una responsabilità del proprietario dell'area inquinata e da bonificare se non si dimostri che questi abbia provocato o contribuito a provocare il danno ambientale⁴⁶.

Il proprietario, in tale quadro, è tenuto soltanto ad adottare le misure di prevenzione idonee a contrastare un evento che abbia creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente intesa come rischio sufficientemente probabile, secondo il canone causale civilistico, di verifica di un danno sanitario o ambientale al fine di impedire o minimizzare tale minaccia⁴⁷.

A sua volta, infatti, l'Amministrazione ha l'obbligo di effettuare le indagini volte all'identificazione del soggetto responsabile dell'evento di contaminazione che diffida a provvedere agli interventi di risanamento (art. 244), così che al soggetto estraneo alla contaminazione viene soltanto richiesto l'assolvimento di uno specifico obbligo di comunicazione quando riscontri la presenza (attuale o potenziale) di contaminazione (art. 245, co. 2), mentre l'obbligo di *facere* rispetto agli interventi di messa in sicurezza, bonifica e

45 In senso conforme, CGUE ordinanza 6 ottobre 2015, in C-592/13.

46 In particolare, con le pronunce n. 21 del 2013 (dell'Adunanza Plenaria) e Sez. VI del 5 ottobre 2016, n. 4099 e 4119, il Consiglio di Stato ha precisato che il Ministero non può imporre al proprietario di un'area contaminata (non responsabile dell'inquinamento) l'obbligo di eseguire le misure di messa in sicurezza di emergenza (m.i.s.e.) e di bonifica, in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto previsto dall'art. 253 cod. amb. in tema di oneri reali e privilegi speciali immobiliari (rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nei limiti del valore di mercato del sito determinato dopo l'esecuzione).

47 Sul punto, A. Carapellucci, "Chi inquina paga": il punto su responsabilità dell'inquinatore e proprietario incolpevole nella bonifica dei siti inquinati, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 9, 1885 ss.

ripristino ambientale è limitato all'adozione delle misure di prevenzione che sono funzionali al contrasto nell'immediato del potenziale verificarsi di un danno sotto il profilo ambientale e sanitario (art. 245, co. 1).

Tuttavia, quando né il responsabile né altro soggetto interessato intervengono⁴⁸, le opere sono eseguite d'ufficio dall'amministrazione competente in loro danno (art. 250), mentre al proprietario incolpevole (come per altro soggetto interessato non responsabile della contaminazione) viene comunque riconosciuta la facoltà di eseguire volontariamente gli interventi di bonifica (art. 245, co. 1) al fine di limitare le conseguenze patrimoniali che derivano dall'imposizione degli oneri reali sul bene immobile contaminato e del privilegio speciale immobiliare per le spese sostenute (art. 253, co. 2), che altrimenti graverebbero sul fondo quando gli interventi sono eseguiti in danno (art. 250).

Il proprietario incolpevole risponde, in ogni caso, nei limiti del valore di mercato dell'area bonificata, per come risultante dagli interventi (art. 253, co. 4), in forza di specifico provvedimento in cui l'amministrazione giustifichi l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti di tale soggetto o comunque la loro infruttuosità (art. 253, co. 3).

4. Gli obblighi gravanti sul proprietario incolpevole

In passato le amministrazioni - specie nei contesti di difficoltà di una istruttoria completa e di una adeguata verifica sull'origine della contaminazione, con conseguente impossibilità di selezione certa del responsabile dell'inquinamento - per non dover far fronte ai costi, anche ingenti, del risanamento ambientale, hanno esteso gli obblighi esigibili dal proprietario incolpevole, imponendogli l'esecuzione degli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale⁴⁹.

Tuttavia è stato in più occasioni⁵⁰ escluso un coinvolgimento coattivo del proprietario, per il fenomeno di inquinamento non ascrivibile alla sua sfera, dalle attività di rimozione, prevenzione e messa in sicurezza di emergenza, così che, il proprietario non responsabile

48 Ai sensi dell'art.245, c. 1, del Codice Amb. le procedure per gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale disciplinate dal presente titolo possono comunque essere attivate su iniziativa degli interessati non responsabili.

49 Si trattava invero di contrasti culminati nella sottoposizione, da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e nel corso del 2013, di due rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia (13 novembre, n.25 e 25 settembre, n.21) interrogata sulla ostatività o meno dei principi dell'Unione Europea in materia ambientale ad una normativa, come ricostruita, che - in caso di accertata contaminazione del sito e impossibilità di individuare il soggetto responsabile ovvero ottenere da quest'ultimo l'esecuzione degli interventi di riparazione - non consenta alla P.A. di imporre l'esecuzione delle misure di sicurezza d'emergenza e di bonifica al proprietario non responsabile, prevedendo, a suo carico, solo una responsabilità patrimoniale limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica.

50 Consiglio di Stato, VI, 7 novembre 2016, n. 4647; 9 febbraio 2016, n.550; 10 settembre 2015, n.4225



dell'inquinamento è tenuto, ai sensi dell'art. 245, co. 2, ad adottare le misure di prevenzione di cui all'art. 240, co. 1, lett. i), ma non le misure di messa in sicurezza d'emergenza e bonifica⁵¹.

Ciò in conformità alla citata pronuncia della CGUE del 4 marzo 2015 in C-534/13 che offre delle fondamentali affermazioni: uno dei presupposti essenziali per l'applicazione del regime di responsabilità istituito dalla Direttiva è l'individuazione di un operatore che possa essere qualificato come responsabile; spetta in linea di principio all'operatore all'origine del danno ambientale prendere l'iniziativa di proporre misure di riparazione che egli reputi adeguate alla situazione ed è al medesimo che l'autorità competente può imporre di adottare le misure necessarie, soggetto che l'autorità ha l'obbligo di individuare; ancora, censendo le attività diverse da quelle professionali (ai sensi dell'art.2 co. 6 e 7) l'obbligo dell'autorità competente di accertare un nesso causale si applica, come nel regime di responsabilità ambientale oggettiva degli operatori, anche per la responsabilità ambientale soggettiva da dolo o colpa dell'operatore, mentre se non può essere dimostrato alcun nesso causale tra il danno ambientale e l'attività dell'operatore, tale situazione rientra nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale; infine, l'art. 16 della Direttiva prevede, conformemente all'art. 193 TFUE, la facoltà per gli Stati membri di mantenere e adottare disposizioni più severe in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, compresa, in particolare, l'individuazione di altri soggetti responsabili, ma a condizione che tali misure siano compatibili con i Trattati.

Da ciò, in conclusione, dal combinato disposto dagli artt. 242 e 250 del Codice amb. si può evincere che il soggetto obbligato in via principale è il responsabile dell'inquinamento; tuttavia, qualora i soggetti responsabili della contaminazione non provvedano direttamente agli adempimenti ovvero non siano individuabili e non provvedano né il proprietario del sito né altri soggetti interessati, gli interventi sono realizzati d'ufficio dall'amministrazione competente.

In ogni caso, il proprietario non responsabile dell'inquinamento può essere tenuto a rimborsare le spese degli interventi adottati dall'autorità soltanto nei limiti del valore di mercato del sito determinato a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi, e, nel caso in cui il proprietario non responsabile dell'inquinamento abbia spontaneamente provveduto alla bonifica del sito inquinato, ha diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute e per l'eventuale maggior danno subito.

51 Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2021, n. 8702. Tuttavia, altre pronunce, pur generalmente negando che a carico del proprietario incolpevole possano essere addossati oneri di bonifica (stante la rispettiva natura sanzionatoria), ammettono, con il richiamo al principio di precauzione, l'inerenza anche delle misure di messa in sicurezza d'emergenza tra quelle preventive, potenzialmente gravanti sul proprietario o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all'ambiente solo perché egli è tale senza necessità di accertarne il dolo o la colpa (Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2022, n. 5863 e 5864; Cons. Stato, Sez. IV, 2 maggio 2022, n. 3426).



5. Conclusioni

La pronuncia in oggetto rappresenta un ulteriore e decisivo intervento della Suprema Corte sulla portata del principio del “chi inquina paga” e sul sistema distributivo delle responsabilità ambientali, ponendosi nel solco della sostenibilità ambientale e di un graduale passaggio dall’economia lineare, fondata sulla massimizzazione di produzione e di consumo, ad una economia di tipo circolare in grado di rigenerarsi, incentrata sui concetti di recupero e riciclo.

Questa nuova prospettiva, caratterizzata da un abbandono dell’economia lineare, non rappresenta di certo un passaggio semplice ed immediato ma è oramai improrogabile richiedendo un sforzo concreto da parte di tutti i principali attori, quali imprese, consumatori, istituzioni e società stessa nel suo complesso, con conseguenti vantaggi in termini di nuove opportunità nell’efficienza e nella competitività non solo per il sistema economico ma anche per l’ambiente e la società.

La sentenza si pone quindi nella scia di una nuova coscienza ecologica che investe anche la fiscalità cercando di coniugare gli interventi legislativi con la tutela dell’ambiente.

La rilevanza primaria e assoluta del valore ambiente ha contaminato in modo crescente le scelte nazionali, influenzando profondamente gli assetti regolatori: la tutela e la sostenibilità ambientale sono divenuti, infatti, un nuovo archetipo o un doveroso paradigma a cui conformare stili di vita privati, politiche pubbliche e mercato, assumendo rilevanza anche sul piano costituzionale⁵².

A conferma, il rinnovato modello di tutela costituzionale dell’ambiente è indubbiamente l’espressione della volontà del legislatore, da un lato, di recepire il frutto del lavoro giurisprudenziale che negli anni ha consentito di elevare l’ambiente a rango di valore della Costituzione, dall’altro, di adeguare l’ordinamento italiano alle politiche del *Green Deal* e alle linee programmatiche del *Next Generation* EU, che hanno posto al centro degli obiettivi di sostenibilità la Natura con i suoi beni e servizi e con le sue interazioni sistemiche⁵³.

Si afferma in tal modo una nuova dimensione ecocentrica del prelievo incentrata sulla ricerca di un equilibrio tra economia e ambiente, con conseguente abbandono della logica antropocentrica caratterizzata dallo sfruttamento delle risorse in favore di una visione solidaristica⁵⁴.

52 A.F. Uricchio, *La fiscalità dello sviluppo sostenibile*, op. cit. p.947. Cfr. anche F. Perchinunno, *Costituzione e ambiente: profili attuativi e prospettive di riforma*, in *Le nuove frontiere dell’ecodiritto*, Cacucci, Bari, 2021.

53 *Gli effetti della transizione ecologica sul codice dell’ambiente*, in *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, a cura di A.f. Uricchio, A. Buonfrate, Milano, 2023, pp. 562 ss

54 Per approfondimenti, S. Cannizzaro, *La matrice solidaristica dei principi europei e internazionali in materia ambientale e il ruolo della fiscalità nel sistema interno*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2017, 3, p. 95 ss.



LA NUOVA AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO TRA “DEBUROCRATIZZAZIONE”, DERESPONSABILIZZAZIONE E FIDUCIA

Alessandra Cutolo *

Abstract: il contributo ripercorre l'evoluzione dell' "amministrazione di risultato" come auspicabile assetto organizzativo dell'amministrazione pubblica e strumento di contrasto dell' "amministrazione difensiva". Vengono esaminati alcuni dei più recenti interventi in materia, partendo dall'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, fino ad arrivare agli artt. 1 e 2 del d.lgs. 36/2023. Infine, a partire proprio dal nuovo codice dei contratti pubblici, il contributo affronta il delicato tema della fiducia in combinato disposto con lo una nuova forma di deresponsabilizzazione con effetto semplificativo di cui all'art. 2 co. 3 che sembra essenzialmente mirare alla tutela dei funzionari pubblici, delimitandone la colpa grave, al fine di contrastare ulteriormente la c.d. "paura della firma".

Abstract: the contribution traces the evolution of "result-based administration" as a desirable organizational structure of public administration and a tool to combat "defensive administration". Some of the most recent interventions on the subject are examined, starting from art. 21 of the legislative decree 16 July 2020, n. 76, up to the articles. 1 and 2 of Legislative Decree 36/2023. Finally, starting from the public contracts code, the contribution addresses the delicate issue of trust in conjunction with a new form of deresponsibility with a simplifying effect referred to in art. 2 co. 3 which seems to essentially aim at protecting public officials, delimiting their serious misconduct, in order to further combat the so-called "fear of signing".

SOMMARIO: 1. La valorizzazione del risultato; 2. Una via d'uscita dalla paura di amministrare; 3. La "deburopatizzazione" nell'era Covid; 4. Il principio della fiducia e la centralità della motivazione; 5. Il concetto aleatorio di prevalenza e la fiducia come strumento di responsabilizzazione: osservazioni conclusive.

1. La valorizzazione del risultato.



Dal 1990 al 2009 il nostro ordinamento amministrativo ha conosciuto una lunga e quasi inesauribile stagione di riforme¹, la quale, sul piano squisitamente organizzativo, è stata prevalentemente indirizzata, prima alla promozione e poi all'imposizione dell'efficienza intesa quale produttività. In questo tempo si è sviluppata la teoria della c.d. amministrazione di risultato² che tanto ha affascinato la dottrina giuridica e che si pone come presupposto assiologico di numerosi discorsi odierni sull'amministrazione pubblica. In verità, l'idea di un'amministrazione di risultato manageriale, nel senso più moderno del termine³, si afferma per la prima volta già verso la fine degli anni 80 in Inghilterra⁴ e, dopo un lungo periodo di

1 * Dottoranda di ricerca in diritto amministrativo dell'Università Federico II di Napoli - *Research Collaborator* dell'IMT di Lucca.

La concezione di amministrazione di risultato entra a far parte del nostro ordinamento a partire dagli anni '90 grazie alla nuova formulazione dell'art. 14, legge n. 241/1990 (così come sostituito dall'art. 9, l. n. 340 del 2000). L'art. 14, introduce il modulo procedimentale della Conferenza dei servizi che, oltre ad essere uno strumento di semplificazione amministrativa, è senza dubbio anche uno strumento volto alla massimizzazione del risultato nel minor tempo possibile.

2 Sul punto si vedano in particolare L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in Scritti in onore di Elio Casetta, vol.II, Napoli, 2001; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in Annuario AIPDA, Milano, 2002, 107 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invaldità e risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 79 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in Annuario AIPDA, 2002, 127 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003; ID., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Diritto e società*, 2000, 101 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 15ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 36ss.; A. POLICE, (a cura di), *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 101 ss.; D. SORACE, *Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 131.

3 Le prime ricostruzioni dottrinali si possono far risalire alla fine degli anni '30 del secolo scorso, ma il risultato veniva concepito in modo molto diverso, ovvero solo come scopo giuridico dell'atto amministrativo. Sul tema si veda in particolare M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939; Id., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939. Di pari passo anche la giurisprudenza amministrativa del tempo che ha in più occasioni sindacato la legittimità di provvedimenti amministrativi in quanto giudicati inidonei a raggiungere il risultato voluto dalla normativa (*ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 28 aprile 1937, n. 182; 26 luglio 1938, n. 424; sez. V, 25 novembre 1936, n. 1027; 1° febbraio 1935, n. 66). Tuttavia, una vera e propria elaborazione del concetto di «amministrazione di risultato» si avrà solo più tardi, affermandosi definitivamente con l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 il cui articolo 1 ha individuato nell'efficienza uno dei criteri guida dell'azione amministrativa.

4 L'idea di un'amministrazione di risultato si sviluppa con la denominazione di New Public Management (NPM) per la prima volta nel 1980 nel Regno Unito e nell'Australia centrale, come reazione al cambiamento keynesiano, che aveva mostrato i suoi limiti nel rispondere alla crisi fiscale e alla



gestazione, si diffonde anche in Italia come nuovo ed auspicabile assetto manageriale/organizzativo dell'amministrazione pubblica, sostanzialmente nel tentativo di emulare l'efficienza e la rapidità del settore privato che da sempre, almeno idealisticamente, si contrappone alla farraginosità burocratica del settore pubblico. L'espressione "amministrazione di risultato" si riferisce infatti a un approccio alla gestione della cosa pubblica che si concentra sulla misurazione e il raggiungimento dei risultati desiderati. Questo concetto è spesso associato alla gestione per obiettivi, in cui le prestazioni delle persone e delle organizzazioni sono valutate in base ai risultati ottenuti rispetto agli obiettivi stabiliti in precedenza⁵. Principio caratterizzante questo modello è il principio del buon andamento che è chiamato ad orientare ed indirizzare sempre la pubblica amministrazione verso procedimenti celeri e chiari. Con la previsione costituzionale⁶ del buon andamento si integra il tradizionale criterio della funzione amministrativa, come discrezionalità imparziale, con quello della discrezionalità efficiente. La legalità resta il parametro dell'azione ma l'efficienza viene funzionalmente collegata al risultato. La *ratio* è quella di migliorare l'efficacia e l'efficienza delle amministrazioni concentrando l'attenzione sugli obiettivi e sulle metriche di performance⁷. Allo stesso tempo questo approccio si propone di promuovere la responsabilità, la trasparenza e la valutazione basata sui risultati, piuttosto che sull'esecuzione di processi o sull'adempimento di procedure burocratiche.

In quest'ottica assume una sempre maggiore centralità la definizione degli obiettivi desiderati, per poi misurare i risultati ottenuti e adottare azioni correttive o strategie di miglioramento in base ai dati raccolti. L'amministrazione di risultato richiede la definizione di obiettivi chiari, l'identificazione di indicatori di performance rilevanti e la misurazione sistematica dei risultati⁸. Questo approccio favorisce l'ottimizzazione delle risorse e un miglioramento complessivo delle prestazioni dell'organizzazione della cosa pubblica. È importante sottolineare che l'idea di un'amministrazione di risultato non si limita però alla

stagflazione. Sul tema si veda C. HOOD, *A Public Management for all Seasons?*, Public Administration, 1991, 3-19 nonché D. BLACK, *The Theory of Committees and Elections*, Cambridge, Cambridge University Press, 1958.

5 F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino 2008, 191 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino 2004, 163-164; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?* in *Dir. e soc.*, 2000, 101.

6 Art. 97, co. 2, Cost. "*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*".

7 M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 47 ss.; A. POLICE, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, 49 ss.

8 M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, 220.



semplice valutazione dei risultati finali, ma comprende anche l'analisi dei processi e delle azioni che portano a tali risultati. In questo modo, è possibile identificare aree di miglioramento e adottare misure correttive durante il percorso, al fine di raggiungere i risultati desiderati in modo efficace ed efficiente.

La decisione amministrativa viene osservata prevalentemente sotto un aspetto funzionale. Il provvedimento finale viene inteso quale espressione più tangibile del potere amministrativo ed i suoi effetti sono analizzati *ex post* al fine di valutare il loro impatto e approntare eventuali specifici correttivi⁹. L'attività provvedimentale assume così un ruolo meramente strumentale, divenendo quasi un parametro per la valutazione dell'efficienza dell'amministrazione¹⁰ e spostando così l'attenzione dall'amministrazione "della legittimità" all'amministrazione "dell'efficienza". L'idea di fondo del modello dell'amministrazione di risultato punta infatti principalmente su un recupero di efficienza ad opera del Dirigente pubblico che, quale *Manager* dell'amministrazione, si comporta al pari dei suoi omologhi del settore privato. Questi soggetti, investiti di compiti e poteri sempre più significativi, vengono immaginati come i promotori dell'efficienza amministrativa in grado di attuare quella semplificazione dei processi sempre auspicata e mai raggiunta. Il Dirigente viene chiamato a ricoprire la figura del datore di lavoro pubblico per sostituire l'applicazione impersonale e formalistica del principio di legalità con una più flessibile gestione manageriale delle risorse umane e finanziarie attribuite alle strutture amministrative¹¹.

All'inizio degli anni 2000 però, complice un riformismo più formale che sostanziale¹², la dirigenza esistente si è rivelata inadatta a soddisfare le aspettative originariamente riposte e il legislatore, come spesso accade, è più volte intervenuto con il fine di imporre ai manager

⁹Sul tema si veda A. PETRETTO, *L'analisi economica del procedimento amministrativo*, in *GiustAmm*, 10/2015, 1-14.

¹⁰ L. MERCATI, voce *Efficienza della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2144; M. AGNOLI, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, in *Amm.it*, 1982, 523; E. GIUDICI, *Efficienza ed efficacia*, in L. CASELLI (a cura di), *Le parole dell'impresa*, vol. II, Milano, 1995, 620.

¹¹ A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 131 ss.

¹² Sul tema si sono succeduti diversi interventi normativi che, in maniera diretta o indiretta, hanno fatto riferimento al principio del risultato. Si pensi all'art. 4 del d.lgs. 165/2001 che impone agli organi di governo -nella definizione delle funzioni di indirizzo politico amministrativo -una verifica sulla «rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti»; si pensi ancora alla responsabilità dirigenziale disciplinata dall'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 che prevede che il mancato raggiungimento degli obiettivi previsti dal sistema di valutazione di cui al d.lgs. n. 150/2009 «in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni» comporta «l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale». L'orientamento al risultato quale criterio dell'organizzazione amministrativa codificato in sede normativa si intravede anche in altri ambiti settoriali come il trasporto pubblico locale (cfr. art. 25 d.l. n. 185/2008), le fonti rinnovabili (cfr. art. 1 d.l. n.112/2008) e quello sanitario (art. 79 d.l. n. 112/2008).



pubblici quel modello privato che tanto si auspicava ma che gli stessi faticavano ad emulare. In particolare, con la riforma del 2009¹³, il legislatore prova ad imporre un codice comportamentale ai Manager pubblici, esplicando attraverso una legge i compiti loro affidati. L'intervento si pone però in aperta contraddizione con l'idea di una "aziendalizzazione" sulla falsariga del sistema privato dove, invece, una delle caratteristiche essenziali è la flessibilità e l'autonomia del *management*.

L'investimento pubblico sulla dirigenza avrebbe dovuto, allo stesso modo, portare con sé un significativo carico di nuove responsabilità nei confronti di questa rinnovata figura dirigenziale che si faceva mente e braccio operativo di un'amministrazione più snella ed efficiente. Oltre alle consuete responsabilità pubbliche, la nuova dirigenza infatti viene gravata anche di una responsabilità propriamente dirigenziale che nell'idea dei riformatori doveva essere una "responsabilità di risultato"¹⁴, una forma di *accountability* dei dirigenti rispetto agli obiettivi prefissati¹⁵. Al contrario però, il fallimento di questa nuova responsabilità e il proliferare dei meccanismi burocratici ha fatto sì che nel tempo la c.d. amministrazione di risultato ha finito per tradursi nel suo opposto: la burocrazia difensiva¹⁶.

2. Una via d'uscita dalla paura di amministrare.

In questi anni l'auspicio di un *Public management* efficiente e pragmatico non si è mai perso, per cui quella verso un'amministrazione di risultato è una transizione che non può certamente dirsi conclusa. Allo stesso tempo, è indubbio che l'amministrazione oggi sia ancora nel pieno della stagione della burocrazia difensiva generata da una difficoltà del sistema a far fronte al carico di responsabilità di cui viene investita¹⁷. La burocrazia difensiva si sviluppa quindi come

13 AA.VV in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009; U. CARABELLI, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 101/2010, in lex.unict.it; *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *Ris. Um.*, 2009, 29.

14 L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000. Recentemente, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale fra Stato e d enti locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 nonché G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Dir econ.*, 2017, 625 ss.; S. BATTINI e F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.; B. TONETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 77 ss.

15 L. GIANI, *Dirigenza e risultato amministrativo. Verso un ciclo proattivo dell'accountability dell'amministrazione*. Spunti a margine del volume di C. CELONE, in *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Atti del convegno internazionale, Palermo 6-7 giugno 2019, (a cura di) M. IMMORDINO e C. CELONE, 238 ss.

16 G. BOTTINO, *La "burocrazia difensiva" e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2020. M. MACCHIA, *Le misure generali*, in *Giorn. Dir. amm.* 2020,729.

17 F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze del privato "responsabilizzato"*, in Federalismi.it, Dicembre 2020.



il risultato di un riformismo tentato che si combina ad una regolazione complessa, una cultura organizzativa che punisce gli errori e una mancanza di fiducia tra i membri dell'organizzazione. La strategia diviene quindi quella del “minimo rischio” invece di focalizzarsi sull'obiettivo principale dell'organizzazione. Questo atteggiamento porta con sé regole rigide e decisioni lente poiché, per non assumersi responsabilità o prendere decisioni autonome per paura delle possibili conseguenze negative, si rallentano i processi decisionali, creando inefficienze e ostacoli di sistema¹⁸. Questo meccanismo comporta conseguenze negative sull'efficacia e l'efficienza complessiva dell'amministrazione limitando l'innovazione, l'adattabilità e la capacità di rispondere prontamente ai cambiamenti del contesto. Inoltre, mina la motivazione dei dipendenti, poiché essi si sentono vincolati da regole e procedure che possono sembrare talvolta eccessive o sproporzionate¹⁹. Fattispecie di reato elastiche poi, come l'abuso di ufficio, che operano come trasformatore penalistico di illegittimità amministrative, sono divenute lo spauracchio dell'amministrazione dirigenziale. Questa talora percepisce un rischio anche più elevato di quello reale, come accade per la responsabilità amministrativa²⁰. Quanto detto, anche a causa di una giurisprudenza contabile che crea figure di responsabilità erariale evanescenti, come il danno all'immagine. Lo sbilanciamento fra i pressanti incentivi alla legalità e i deboli incentivi al risultato ha spinto così la dirigenza a sviluppare un atteggiamento difensivo.

Quello della burocrazia difensiva però, più che un nuovo problema amministrativo, pare piuttosto un modo nuovo di indicare un problema assai risalente. Si pensi che nella Francia di fine Settecento già l'art. 75 della Costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII (13 dicembre 1799) stabiliva che «*gli agenti del Governo, tranne i ministri, non possono essere perseguiti per fatti relativi alle loro funzioni, se non in virtù di una decisione del Consiglio di Stato*». Tale garanzia, che veniva costituzionalizzata con l'intento di evitare che l'azione amministrativa potesse essere intralciata o ritardata dalla prospettiva della responsabilità, mirava a scongiurare proprio quel fenomeno che oggi definiamo burocrazia difensiva. Quell'antico istituto, da Tocqueville in poi

18 S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2019, 1-4.; S. TUCCILLO, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e paura di amministrare, Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*. F. LIGUORI (a cura di), 2020, 155.

19 S. CASSESE, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, Milano, 2022, 16. F. LIGUORI, *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*. (a cura di) F. LIGUORI, 2020, 19.

20 B. ROMANO, *Il “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in Pen. Dir. Proc., 19 gennaio 2021, 4; nonché A. D'AVIRRO, *Il “labirinto” della discrezionalità nel nuovo reato di abuso di ufficio*, in Dir. pen. proc., n. 7, 2021, 931; A. NATALINI, *Nuovo abuso di ufficio: il rischio è una incriminazione fantasma*, in Guid. dir., n. 42, 26 ottobre 2020.



divenuto bersaglio privilegiato della critica liberale al diritto amministrativo, è oggi solo un ricordo del passato. Non può dirsi certamente lo stesso per il problema che esso affrontava²¹.

La responsabilità pesa oggi più come disincentivo all'efficienza che come incentivo alla legalità dell'azione amministrativa. Il rischio della responsabilità, o comunque la percezione di esso, si è accresciuto. Ciò induce, in particolare la dirigenza amministrativa, a procedere nell'ottica di far prevalere il proprio interesse personale a schivare le possibili sanzioni, sacrificando l'interesse pubblico, che invece, oggi quanto mai, richiederebbe decisioni tempestive e coraggiose, da assumere sempre più spesso in contesti difficili e di estrema incertezza. Paradossalmente, premendo troppo sul pedale della responsabilità, la collettività rischia di diventare vittima delle regole poste a sua tutela. L'ordinamento italiano rimane privo di un efficace sistema per sanzionare il dirigente che assuma condotte difensive, pur essendo colmo di sanzioni a carico del dirigente che ometta condotte prescritte dalla legge. Ma in realtà non è tanto la struttura omissiva delle condotte il *quid proprium* dell'atteggiamento difensivo, che consiste piuttosto nel prestare formale ossequio alle regole, meno curandosi dei risultati sostanziali delle proprie scelte²².

L'antidoto, che era stato immaginato con la responsabilità dirigenziale e che purtroppo non ha funzionato, ha fatto sì che il fenomeno dell'amministrazione difensiva sia anche il frutto di un difetto di responsabilità e sanzioni ricollegabile all'inefficiente e inefficace esercizio della funzione amministrativa²³. Vi è, in altre parole, un «differenziale» di sviluppo, potremmo dire, fra il diritto amministrativo della legalità e il diritto amministrativo dell'efficienza, che crea un assetto sbilanciato degli incentivi. Il funzionario teme i controlli di legalità, mentre i controlli di efficienza di fatto non destano alcuna preoccupazione: l'amministrazione difensiva è quindi favorita tanto dal primo timore, quanto dall'assenza del secondo. Del resto, la responsabilità amministrativa²⁴ fin dai suoi albori viene concepita con un generoso sconto per l'amministrazione. L'art. 1, comma 1, della l. n. 20 del 1994 statuisce che la responsabilità del dipendente pubblico che cagiona un danno all'Erario «è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave».

Pertanto, fin dall'introduzione della norma, il legislatore ha scelto di concedere al pubblico funzionario un margine di scusabilità, ovvero una serie di condotte che giudicate a priori come lievi, non lo rendono perseguibile in termini di responsabilità. Tale scelta trae presumibilmente

21 A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M. P. CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. PIRRI VALENTI, G. SABATO, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, IRPA.

22 Sul punto G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994.

23 S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n.1, 2019.

24 F. F. TUCCARI, *Introduzione allo studio della responsabilità amministrativa*, Bari, 1995, 19-20 nonché A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997, 100 e ss.



fondamento dal fatto che un'eccessiva responsabilizzazione del funzionario pubblico, finanche in ipotesi estremamente lievi, avrebbe condotto l'amministrazione verso un sovraccarico di responsabilità che si sarebbe rivelato certamente controproducente rispetto all'idea di un'amministrazione snella e funzionale a cui, già in quegli anni, si pensava. Nonostante il legislatore avesse correttamente intravisto l'ombra della paura della firma negli anni, complice una burocrazia macchinosa e il proliferare di interventi regolatori settoriali e l'assenza di un quadro regolatorio sistemico, la burocrazia difensiva si è rivelata inevitabile.

Il legislatore però, piuttosto che prendere atto della necessità di una riforma organica della responsabilità, agisce ancora con interventi frammentari che lasciano significative perplessità, principalmente individuando nel depotenziamento della responsabilità la "cura palliativa" per la burocrazia difensiva.

3. La "deburocratizzazione" nell'era Covid.

Il tema della responsabilità e quello della burocrazia difensiva sono quindi direttamente collegati e, sebbene il legislatore nel tempo abbia individuato a più riprese la deresponsabilizzazione come cura della paura della firma, la soluzione non si è rivelata tra le più idonee. In buona sostanza, per contrastare l'immobilismo burocratico si è immaginato che ridurre ulteriormente la responsabilità che grava sui funzionari pubblici potesse spingere verso un'accelerazione dei processi. Sebbene sicuramente questo sistema provochi nel breve periodo un'accelerazione, questa non va confusa con recupero di efficienza, per cui nel lungo periodo la deresponsabilizzazione non deve e non può essere la soluzione rispetto ai mali di una burocrazia lenta e macchinosa.

Che l'Italia possenga all'attivo una delle burocrazie più complesse e ingarbugliate d'Europa è un fatto tristemente noto, come lo è che la Pandemia da Covid-19 ha messo a dura prova tutte le amministrazioni pubbliche del mondo, senza sconti per l'Italia. In particolare, la gravità e la rapidità del precipitare degli eventi ha imposto su scala globale un'accelerazione dei processi decisionali e uno snellimento dei processi burocratici che si è reso doveroso per far fronte all'emergenza²⁵. Nel nostro ordinamento, tra i numerosi interventi emergenziali un ruolo significativo va certamente riconosciuto all'intervento con cui il legislatore ha tentato di attenuare la c.d. paura della firma degli amministratori e dei funzionari pubblici, introducendo due innovazioni nel regime di responsabilità amministrativo-contabile, con l'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120.

In primo luogo, sul piano strutturale, l'art. 21, in quanto regola modificativa dell'art. 1 della L.20/1994, al co. 1, ha precisato che ai fini della prova dell'elemento soggettivo del dolo, occorre

25 C. ACOCELLA, *La dimensione del tempo e l'esercizio della funzione nella stagione dell'emergenza*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, 2020, 184-185.



dimostrare la volontà dell'evento dannoso. È pertanto richiesto, pur non disponendo il PM contabile degli strumenti d'indagine e istruttori del PM penale, un dolo "in chiave penalistica". Con il co. 2 è stata introdotta invece la limitazione della responsabilità amministrativo-contabile, per i fatti commessi dall'entrata in vigore del decreto (17 luglio 2020) e sino al 31 dicembre 2020, ai soli fatti commessi con dolo, nei termini del modificato art. 1 della detta legge 20/1994, salvo quelli cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente per i quali la detta limitazione non è applicabile. In sintesi, il nuovo regime della responsabilità amministrativa, previsto in origine sino al 31 dicembre 2021 e poi sino al 31 giugno 2024, non prevede più il requisito della colpa grave, se non per i danni causati da omissione o inerzia. La previsione dell'art.21 - che ha oggettivamente attenuato ulteriormente il regime delle responsabilità gravante su amministratori e pubblici funzionari- è stata motivata con la necessità, legata anche alle politiche di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, di alleggerire il peso della responsabilità, restringerne il perimetro e contrastare l'inerzia derivante dalla c.d. paura della firma. Dunque, il legislatore muove dalla premessa secondo cui il rischio di incorrere nella responsabilità amministrativa indurrebbe i dirigenti alla c.d. burocrazia difensiva, alla quale si deve la colpa dei ritardi nella realizzazione di piani, progetti, opere. Tuttavia, che la deresponsabilizzazione possa essere la cura dell'amministrazione difensiva è abbastanza discutibile. Infatti, più volte in dottrina si è evidenziato che la "paralisi del fare", che esiste e certamente va contrastata, è tuttavia ascrivibile in larga misura alla farraginosità delle regole, alla esondazione o ipertrofia normativa, alla tortuosità dei percorsi decisionali, alla impreparazione della dirigenza o almeno di parte di essa, ad una serie di concause che potremmo cumulativamente qualificare come "*cattiva amministrazione*", forse anche di più che al timore del giudice contabile.

Il tema che rimane sullo sfondo resta quello della scelta tra assumersi la responsabilità di fare o l'irresponsabilità di non fare. Se si immagina di poter momentaneamente mettere in pausa quello che sarebbe l'obiettivo di un sistema sanzionatorio posto a beneficio ed a tutela dell'erario pubblico, ovvero sia quello di accertare la responsabilità in capo a coloro che con la propria condotta hanno procurato un nocumento patrimoniale alle casse pubbliche, affinché siano chiamati a risarcire l'ente danneggiato dalla loro condotta, ci si rende conto che in quest'ottica questo sistema cede in qualche modo rispetto ad un'amministrazione di risultato che quanto mai, di fronte ad una crisi pandemica, è chiamata ad una maggiore speditezza e concretezza dell'azione amministrativa²⁶. Occorre infatti aver chiaro che il legislatore, con l'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120, ha inteso trattenerne

26 F. LIGUORI, *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*. op. cit, 24. Si tratta di un meccanismo espressione di quella che F. LIGUORI definisce come "semplificazione per sottrazione". Ovvero un insieme di meccanismi che comportano rinunce in termini di garanzie ma che possono rivelarsi efficaci in termini di più celere conclusione del procedimento amministrativo.



in capo all'amministrazione i rischi di *malpractice* amministrativa derivanti da un errato esercizio del potere.

Sebbene quindi la pandemia abbia portato ad una necessaria accelerazione dei processi decisionali in molti contesti, è possibile affermare che per ottenere una "buona amministrazione" non può essere auspicabile deresponsabilizzare. Ove invece, come nel nostro ordinamento, questa risulti come la modalità più rapida e agevole di sedare le lungaggini burocratiche e l'immobilismo amministrativo, allora essa non può che essere il sintomo di un sistema amministrativo in cui vi è una palese sproporzione tra la paura della responsabilità e il dovere di perseguire l'interesse pubblico.

4. Il principio della fiducia e la centralità della motivazione.

Il perseguimento dell'obiettivo di un'amministrazione di risultato, che si rincorre ciclicamente dagli anni '90, oggi sembra più vicino che mai. Ne è un'indubbia dimostrazione la formulazione dei nuovi principi con cui si apre il nuovissimo codice degli appalti²⁷. Il tema della burocrazia difensiva, così come i problemi della responsabilità, interessano da sempre il settore delle procedure ad evidenza pubblica. In particolar modo perché sono tra quelle che più subiscono le lungaggini amministrative. Il legislatore nel nuovo codice degli appalti- in vigore da luglio 2023- ha scelto quindi di ricorrere ad un impianto normativo rinnovato che pare fondarsi proprio sull'idea di un'amministrazione di risultato ma con un'accezione nuova.

L'art. 1, del d.lgs. 36/2023, co. 1 e 4 sancisce infatti in maniera chiara che «*Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, così come per valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti*»²⁸. Le stazioni appaltanti sono quindi chiamate a perseguire in maniera preordinata sempre «*l'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività*» pur tenendo conto del migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo e dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Il principio del risultato, dunque, inteso come principio del buon andamento e

27 In particolare, sul Dlgs. 36/2023 si veda M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in M. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 142; L. CARBONE, *La genesi del nuovo codice*, in M. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; nonché M. R. SPASIANO, *Codificazione dei principi e rilevanza del risultato*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 21 ss.

28 Per le prime osservazioni sul principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici si veda M. A. SANDULLI *Prime Considerazioni sullo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista.it*, 2022; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *l'amministrativista.it*, 2023; M. DI RIENZO-A. FERRARINI, *Quando l'integrità abdica all'etica del risultato. I principi di "risultato" e "fiducia" nello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Spazioetico.com*, 2022; A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice dei principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1, 2023.



dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità, domina l'intero codice come ennesimo tentativo di intervento di efficientamento dell'agire amministrativo²⁹. Si mette in chiaro fin dalle prime battute quindi che l'agire amministrativo deve tendere al risultato, sempre, anche quando questo può comportare la temporanea compressione di alcuni principi pubblicistici.

La materia degli appalti, infatti, da sempre contraddistinta dalla assoluta centralità dei principi pro-concorrenziali e della trasparenza ad ogni costo, viene investita del peso dell'amministrazione di risultato, quasi come diretta espressione di quanto appreso durante l'emergenza sanitaria che, senza dubbio, ha fatto maturare ancor di più l'esigenza di un'amministrazione meno rigida e più pragmatica³⁰. Del resto, se le riforme della dirigenza non hanno portato ai risultati sperati, con buona probabilità il legislatore ha intravisto nella rinnovata regolazione degli appalti lo strumento idoneo per operare un doveroso quanto auspicato cambio di rotta. Di certo un'amministrazione di risultato è un'amministrazione più autonoma, con un ambito di manovra più esteso, chiamata nei casi concreti a tenere in considerazione più fattori, primo fra tutti l'effettivo e tempestivo conseguimento dell'obiettivo, potendo traslare in secondo piano il rispetto di alcuni formalismi procedurali. Questo sistema potrebbe via via consolidarsi - giurisprudenza permettendo - anche ben oltre il codice degli appalti, garantendo la tanto auspicata prevalenza della sostanza sulla forma³¹, nella sua accezione più rigida, come strumento di contrasto rispetto alla burocrazia difensiva.

Una rinnovata accelerazione rispetto all'amministrazione di risultato però non avrebbe potuto lasciare fuori il grande tema della responsabilità. Principalmente perché non entrambi gli interventi previsti nell'art. 76 sono permanenti e soprattutto perché manca ancora all'attivo una visione d'insieme del tema che possa confluire in una riforma normativa. Per cui, in un ritrovato contesto del fare di un'amministrazione pubblica post pandemia, il legislatore interviene nuovamente sulla responsabilità, sempre con l'obiettivo di curare la burocrazia difensiva, ma lo fa in un modo del tutto nuovo. L'art. 2 del codice, strettamente connesso al primo, con cui condivide la funzione di principio fondamentale, viene rubricato "*principio della fiducia*" e si divide in quattro commi, due dei quali di particolare rilevanza.

Al co. 2 il legislatore esprime in maniera chiara che il principio si pone l'obiettivo di favorire e valorizzare l'iniziativa dei funzionari pubblici nell'ottica del perseguimento del risultato.

29 D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, 14-14/2023.

30 Sul punto si veda F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. del Dir.* (VI agg.), Milano, 2002, 10. In particolare, l'autore afferma che "*la rilevanza attribuita al risultato amministrativo costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione*"; più di recente si v. F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 361.

31 Sul tema si veda V. BRIGANTE, *Garanzie della forma e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2022, 30 ss.



Con questo principio generale il legislatore adotta un nuovo *modus operandi* volto alla responsabilizzazione del funzionario pubblico ma non attraverso il timore del giudice contabile, bensì attraverso una responsabilizzazione individuale frutto di un nuovo investimento di fiducia³². Si immagina infatti che attraverso l'incremento della fiducia nell'amministrazione multilivello, si ottenga il risultato finale di spingere il funzionario pubblico ad agire nell'interesse dell'amministrazione e verso il raggiungimento del risultato. Il funzionario si trova dunque investito di una nuova responsabilità direttamente collegata e proporzionale alla fiducia che gli viene attribuita come dotazione *ex se*. Infatti, tale fattispecie coerentemente con quanto rappresentato, sembra essere volta al perseguimento dell'amministrazione di risultato per il tramite dell'ennesima deresponsabilizzazione con effetto semplificativo, in realtà porta con sé un approccio nuovo al concetto stesso di responsabilità. La fiducia, da sempre, costituisce nel settore privato uno degli strumenti più innovativi e sperimentati per responsabilizzare i dipendenti sul luogo di lavoro. Dare fiducia ai dipendenti significa farli sentire più autonomi ma al contempo più responsabili pur percependo meno il peso di quella responsabilità. Nel *management* privato di prassi però la fiducia si guadagna nel tempo, spesso in anni di lavoro e viene considerata quasi come il riconoscimento degli sforzi profusi. La fiducia può essere dunque uno strumento estremamente remunerativo ma va maneggiato con grande cura affinché "l'autonomia responsabilizzante" non si trasformi in qualcosa di diverso.

Allo stesso tempo, il principio della fiducia porta con sé al co. 3 una nuova forma di deresponsabilizzazione con effetto semplificativo che sembra essenzialmente mirare alla tutela dei funzionari pubblici, delimitandone la colpa grave, al fine di contrastare ulteriormente la c.d. "paura della firma". In linea con quanto disposto dall'art. 21 d.l. 76/2020 come prorogato dal PNRR fino al 2023, la disposizione prevede che «*ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto*». Al contrario, «*non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti*».

Quest'ultima previsione evidenzia una nuova apertura ma, al contempo, suscita significative perplessità. Sebbene dunque il legislatore rimarchi l'importanza di sanzionare le violazioni che il funzionario compie con colpa grave, e quindi, non più solo con dolo come prevedeva temporaneamente la normativa Covid, apre alla deresponsabilizzazione degli

32 R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, Luglio 2023.



stessi quando la stessa violazione o omissioni venga determinata dalla giurisprudenza prevalente o da eventuali pareri delle autorità competenti.

Il riferimento al concetto di “giurisprudenza prevalente” operato dall’art. 2 è di per sé un concetto complesso perché rimanda a quelli che nel diritto amministrativo vengono definiti “concetti giuridici indeterminati”, aprendo così un tema spinoso che si intreccia con il noto tema dell’agire discrezionale dell’amministrazione³³. I concetti giuridici indeterminati sono noti per essere connotati da un contenuto altamente vago e sono espressione di una tecnica mediante la quale il legislatore non descrive una fattispecie in maniera puntuale e tassativa, lasciando piuttosto all’interprete la possibilità di integrarla con strumenti non giuridici³⁴. In questo modo il concetto giuridico indeterminato si presta ad una sorta di immutevolezza nel tempo in grado di conferire elasticità all’ordinamento³⁵. Questi concetti, in cui si può agevolmente far rientrare il concetto di “prevalenza” di cui all’art. 2, conferiscono all’amministrazione un campo di manovra più ampio per determinare una sorta di interesse pubblico da tutelare “caso per caso”, ovvero basato su una valutazione del caso concreto. Spesso però l’ampliarsi del potere valutativo dell’amministrazione ha dimostrato di rivelarsi foriera di insidie o incertezze per i cittadini, del resto l’incertezza del diritto rappresenta da sempre il punto dolente dello Stato di diritto³⁶.

La classificazione dei diversi concetti giuridici indeterminati non è mai stata agevole³⁷, senza dubbio però risulta particolarmente utile in questa sede fare riferimento all’antica classificazione che vede contrapposti i concetti giuridici indeterminati che attribuiscono un

33 G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; F. FRACCHIA, C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, III, 493 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa* (voce) in *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006.

34 Sul tema delle regole extragiuridiche si veda L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, III, 2013, 309 ss. In questa sede l’autore ritiene che il rinvio esterno operato dalla legge scritta faccia riferimento all’ordine giuridico della società “la cui giuridicità è fondata sull’appartenenza della sovranità al popolo e dall’esistenza di posizioni giuridiche (libertà e diritti fondamentali) che vivono autonomamente in quell’ordine, tanto che la costituzione non li crea ma li riconosce”.

35 E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, *Diritto e processo amministrativo*, Riv. Trim., anno VIII- n.3/2014, 762 ss.

36 F. BARTOLOMEI, *Lo Stato di diritto nel rapporto di tensione esistente tra legge e diritto*, in *Dir. Soc.*, 1997,2. Nonché, più di recente G. PITRUZZELLA, *L’integrazione tramite il valore dello “Stato di diritto”*, in *federalismi.it*, 27/2022.

37 M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 10.



potere discrezionale e quelli che vincolano il soggetto ad un approccio meramente interpretativo/descrittivo³⁸.

Mentre nel primo caso è richiesto all'interprete di operare una precisazione, e quindi una condotta caratterizzata da una componente soggettiva discrezionale, nel secondo caso si tratta di concetti più facilmente applicabili, in quanto meramente descrittivi o comunque riferibili a elementi conoscibili e oggettivamente presenti nella realtà. In questo secondo caso i concetti giuridici indeterminati sembrerebbero dare meno problemi applicativi, perché si tratterebbe di problemi risolvibili facendo riferimento alla comune esperienza e scienza.

Volendo far rientrare il concetto di prevalenza di cui si tratta in questa seconda accezione (a cui inizialmente pare appartenere), si può immaginare in astratto che l'individuazione del concetto di giurisprudenza prevalente sia facilmente rinvenibile nell'esperienza di vita comune essendo percepibile come qualcosa di cui si può agevolmente venire a conoscenza³⁹. In realtà, l'individuazione della prevalenza di un orientamento giurisprudenziale risulta essere in concreto un'operazione tutt'altro che agevole, che comporta problemi spesso di non facile risoluzione, ancor di più se, come in questo caso, non viene affidata al giudice amministrativo ma piuttosto ad un funzionario pubblico che, talvolta, potrebbe risultare impreparato per espletare tale funzione.

Allo stesso tempo, immaginare che la disposizione di cui all'art. 2 apra invece ad una valutazione discrezionale dalla forte componente soggettiva opinabile in capo al funzionario pubblico, e quindi ad un c.d. giudizio di valore⁴⁰, significa aprirsi ad uno scenario ugualmente complesso. La previsione di cui all'art. 2 co.2 rimette infatti al pubblico funzionario la facoltà

38 È ben nota la distinzione, in origine operata da W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931 tra concetti che vincolano il soggetto ad un approccio meramente interpretativo (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) e concetti attributivi di potere discrezionale (*unbestimmte Begriffe*). Per C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1983, 9, vi sono concetti giuridici indeterminati fattuali o descrittivi che conducono ad una sola interpretazione e i concetti normativi, che invece conducono a soluzioni diverse e alternative, tutte parimenti valide. La teoria di Jellinek è stata ripresa, in Italia, da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 253-259, il quale aggiunge che "la distinzione tra «concetti» descrittivi e di valore è, già su un piano teorico, meno netta di quanto appare a prima vista. È stato dimostrato che il giudizio di valore, portato su un soggetto o su un comportamento, può avere come parametro una norma ovvero un interesse e che in questo secondo caso non è, a stretto rigore, corretto considerare il giudizio sul rapporto tra fatto ed interesse come di valore: invero non solo l'oggetto, ma anche il criterio del giudizio appartiene al mondo della realtà". Per una recente ricostruzione della dottrina tedesca sul tema si veda invece E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, op. cit.

39 E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, 759-790; Per una visione d'insieme sul tema dei concetti indeterminati si veda invece S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento*, in *P.A. Pers. e Amm.*, n. 1/2018.

40 Per una recente ricostruzione della dottrina tedesca sul tema si veda E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, 759-790.



di decidere se conformarsi a quello che può essere definito un orientamento giurisprudenziale, che egli stesso deve individuare come prevalente, arrivando a porre come argomentazione centrale della motivazione proprio la prevalenza dello stesso⁴¹.

Per quanto quindi si condivida il fine pragmatico delle scelte del legislatore che investe sull'autonomia del funzionario pubblico, e senza indugiare troppo sulle modalità con cui il funzionario potrebbe operare questo giudizio di prevalenza, che pure meriterebbero particolare attenzione, la scelta desta significative perplessità rispetto al valore giuridico della stessa.

Il nostro ordinamento giuridico, come noto, è un ordinamento di *civil law* dove, al contrario dei sistemi di *common law*, il ruolo della giurisprudenza incontra limiti consistenti. Infatti, il sistema di *common law* si presenta come un diritto casistico e pragmatico, giacché procedendo di caso in caso, muove da un'analisi del giudice dei problemi di vita quotidiana, rispetto ai quali interpreta le leggi, per inserirli poi in un sistema concettuale⁴². Questo pone in rilievo una importante difformità rispetto agli ordinamenti di *civil law* che invece si caratterizzano per un sistema fondato sulla norma di origine legislativa dalla formulazione preferibilmente generica e di ampia portata, da cui i giudici partono poi per l'applicazione rispetto alla singola fattispecie mediante un atto di sussunzione. La distinzione tra i due ordinamenti è quindi anche profondamente legata al metodo adottato dalle corti, che risulta essere induttivo nei sistemi di *common law* e, al contrario, deduttivo nei sistemi di *civil law*.

Nei sistemi di *common law* al giudice viene affidata quasi una funzione di produzione normativa⁴³ mentre, al contrario, nei sistemi di *civil law* i giudici sono posti a garanzia della legge scritta che rappresenta il vincolo principale nell'esercizio delle loro funzioni. Pertanto,

41 Sul punto si ritiene che il legislatore incorra in una discutibile leggerezza, poiché sembra darsi per scontata la formazione giuridica del funzionario mentre, al contrario, è ben noto che le amministrazioni sono alla ricerca sempre più di funzionari tecnici. Per cui è agevole immaginare, oltretutto auspicare, che nei prossimi anni le file dei funzionari tecnici delle amministrazioni saranno piuttosto nutrite, determinando un'inadeguatezza diffusa nel compiere un giudizio circa la prevalenza di un orientamento giurisprudenziale.

42 Per giustificare il ruolo creativo dei giudici nei sistemi di *common law* si è spesso sostenuto che in realtà questi ultimi non creano le regole ma le rinventano, secondo la "teoria dichiarativa", nelle consuetudini esistenti da tempo immemorabile rendendole manifeste quando devono applicarle al caso concreto che si trovano a dover risolvere. Su questa teoria si v. L.PEGORARO -A.RINELLA, *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, 35 e ss.

43 Nei sistemi di *common law* la funzione di creazione normativa affidata ai giudici costituisce un sistema vincolante tra le corti e non anche per la pubblica amministrazione. Tale aspetto rende ancora più complesso immaginare in un sistema di *civil law* la creazione di un "vincolo del precedente" posto a carico del funzionario pubblico.



non esiste l'obbligo per i giudici di rispettare il precedente giurisdizionale e, conseguentemente, non esiste un riconoscimento esplicito di ciò che può definirsi prevalente⁴⁴.

Va da sé che, anche se nel nostro ordinamento non vi è alcuna vincolatività dell'obbligo del precedente, la giurisprudenza ha comunque il potere di orientare, indirizzare, la giurisprudenza successiva esercitando un'influenza. Si tratta, dunque, di giudici che decidono tenendo conto di come hanno deciso altri giudici, non funzionari che decidono come giudici⁴⁵. Infatti, sebbene negli anni l'amministrazione abbia incrementato il riferimento alle pronunce giurisdizionali, principalmente tale tecnica ha svolto più che altro la funzione di deterrente, quasi a voler scoraggiare il potenziale ricorrente⁴⁶. Pertanto, risulta difficile immaginare che in un sistema di *civil law*, dove non esiste un'obbligatorietà del precedente tra giudici ma una mera influenza, venga addirittura delegata al funzionario amministrativo la facoltà di compiere una valutazione di prevalenza giurisprudenziale. Tale valutazione, infatti, esonera in concreto il funzionario da una possibile responsabilità, spostandola in astratto sulle scelte della giurisprudenza, aprendo anche al dibattutissimo tema del giudice che si sostituisce all'amministrazione⁴⁷. Le perplessità sul punto però non attengono principalmente ad un eventuale timore per la commistione di poteri, quanto piuttosto al fatto che i funzionari pubblici non sono dotati degli stessi strumenti di apprezzamento dei giudici⁴⁸. Pertanto, renderli esenti da responsabilità- eccetto che con dolo- quando decidono secondo un

44 M. SERIO, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e "common law"*, Riv. Dir. Civ., 2008, 109. Sul tema, fa parzialmente eccezione la funzione nomofilattica attribuita alla Corte di cassazione il cui scopo è assicurare – così come previsto nella principale disposizione di riferimento, l'art. 65, R.D. 12/1941– «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, [oltre che] l'unità del diritto oggettivo». Il compito assegnato alla Corte di cassazione sarebbe quello di garantire omogeneità nella interpretazione e nell'applicazione della legge attraverso la 'manutenzione' e la revisione dell'attività compiuta dai giudici di merito.

45 Sul tema si veda S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2005. Atti della relazione italiana al Convegno XI di diritto amministrativo *Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa*, Associazione dei giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi, Palermo, 2005.

46 Sul punto è piuttosto comune rinvenire il riferimento a precedenti giurisprudenziali che spesso non hanno ad oggetto identiche questioni ma che vengono piuttosto richiamate come deterrenti. Per ulteriori precisazioni si veda A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A. Quaderni di diritto e processo amministrativo*, 2018, 6 ss.

47 Per una ricostruzione completa del tema si veda di recente S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, 2022; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. for.*, n. 3-4, 2014, 641 ss., 649 ss.

48 Il dibattito sul valore del precedente giurisprudenziale in Italia ha origini risalenti e affonda le proprie radici negli anni '30 del secolo scorso. Sul tema si veda in particolare L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970; M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 774 ss.; G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Padova, 1995. Più di recente A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, Padova, 2018.



prevalente orientamento giurisprudenziale che viene ritenuto tale attraverso un giudizio da loro stessi operato, potrebbe indurli ad una valutazione eccessivamente ampia e talvolta inappropriata.

Allo stesso tempo, è interessante riflettere anche sul possibile sindacato del giudice rispetto alla prevalenza dell'orientamento giurisprudenziale posto a fondamento della motivazione che il funzionario fornisce per un eventuale provvedimento. Tale sindacato, infatti, sarà meramente eventuale. Del resto, dopo che il funzionario avrà deciso sulla singola fattispecie, sarà onere del soggetto destinatario del provvedimento impugnarlo perché considerato lesivo e quindi aprire una valutazione giurisdizionale che tenga conto anche della effettiva prevalenza della giurisprudenza che ha condizionato la decisione. Le perplessità sul punto nascono dal fatto che, essendo utopistico pensare che il diritto come la matematica possa essere sempre una scienza esatta, questo comporterà un sindacato giurisdizionale che dovrà presumibilmente limitarsi alla compatibilità della decisione rispetto ai principi e non potrà entrare nel merito dell'argomentazione circa la prevalenza di questo o quell'orientamento giurisprudenziale. Se così non fosse, vorrebbe dire che un giudice potrebbe essere chiamato a sancire con valore di giudicato la prevalenza o meno di un orientamento giurisprudenziale.

5 Il concetto di prevalenza e la fiducia come strumento di responsabilizzazione: osservazioni conclusive.

Di certo il cambio di paradigma che imprime l'art. 2 è anzitutto di carattere culturale: per vederne gli effetti è dunque necessario che trascorra del tempo. La fiducia, se riposta bene, può dare risultati più che soddisfacenti, nonostante le criticità evidenziate. Resta fermo però che, anche se in modo differente, il legislatore continua ad avvertire il bisogno di far sentire il funzionario amministrativo più libero, meno controllato da un giudice contabile divenuto nel tempo sempre più ingombrante⁴⁹.

Del resto, la fiducia viene accompagnata da un'esimente di responsabilità quando il funzionario si appoggia ad attori istituzionali di elevato peso, come le autorità amministrative indipendenti o la giurisprudenza prevalente, per formulare la sua decisione. Il concetto giuridico di prevalenza, su cui si sono già manifestate perplessità, apre però ad uno scenario difficile, anche quando apparentemente la prevalenza pare essere pacifica e ne costituisce un valido esempio la questione delle concessioni demaniali.

⁴⁹ Sul nuovo ruolo del giudice amministrativa si veda, tra tutti, M. A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *Federalismi.it*, 26/2021, 185 ss.



Quello delle concessioni demaniali è uno degli argomenti più dibattuti e controversi degli ultimi anni⁵⁰. Il contrasto prima tra legislatore nazionale e comunitario, poi tra giudice nazionale e giudice comunitario ed infine tra giudice amministrativo e amministrazione pubblica, ha reso il tema oggetto di numerose indagini. Del resto, la difficoltà maggiore nasce proprio dalle differenti posizioni del legislatore nazionale che fatica a adeguarsi alle imposizioni comunitarie volte all'implementazione dei principi pro-concorrenziali e alla trasparenza ad ogni costo a cui, fino a qualche tempo fa, era volto senza sconti anche il codice dei contratti. Il tema, che si ricorda essere quello delle proroghe *ex lege sine die* del legislatore nazionale⁵¹, oramai giudicate più volte dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria come in aperto contrasto con la direttiva 2006/123/UE, sembra aver trovato una prospettiva di risoluzione a partire dalle sentenze gemelle del 2021 in cui il supremo consesso della giustizia amministrativa⁵² ha ribadito in maniera piuttosto lapalissiana, l'incompatibilità della proroga *ex lege* con la richiamata direttiva comunitaria aprendo una nuova stagione di riforme.

Fino alle citate sentenze, infatti, il dibattito sul tema delle concessioni demaniali è stato sempre caratterizzato da numerosi periodi di fermento, quasi sempre dopo gli interventi di

50 Tra tutti, sul tema M. A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e Soc.*, 2021, 3; A. COSSIRI, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie?*, in *Federalismi.it*, 2022, 9; A. GIANNACCARI, *Stessa spiaggia, stesso mare. Le concessioni demaniali marittime e (assenza di) concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, 2; A. LUCARELLI - B. DE MARIA - M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quad. Rass. dir. pubbl. eur.*, Napoli, 2021; A. POLICE, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *Amministrativamente*, 2022, 2; B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 2021, 20; E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*, in *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e Soc.*, 2021, 3; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, *ivi*; F. LIGUORI, *Atti per la cerimonia conclusiva della XV edizione del Corso di perfezionamento in diritto dell'Unione europea: la tutela dei diritti, Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali alla luce delle recenti sentenze dell'Adunanza Plenaria*, tenutasi presso Università degli Studi di Napoli Federico II, il 20 dicembre 2021.

51 M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4, 1071.

52 Le Sentenze nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, con le quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha dichiarato l'inefficacia delle proroghe *ex lege*, per le quali la l. n. 145 del 2018 e il d.l. n. 34 del 2020 avevano stabilito la scadenza del 31 dicembre 2033. Sul tema per un'analisi più completa si rimanda ad A. CUTOLO, *Concessioni demaniali: dopo vent'anni di incertezza siamo arrivati davvero ad un punto di svolta?*, in *Riv. Giur. Eur.*, Vol. 5, 1/2022.



proroga⁵³, a cui sono poi seguite lunghe battute di arresto. Al contrario, le sentenze gemelle sembrano aver segnato un punto di svolta nella questione balneare tale da far intravedere all'attivo una concreta possibilità di riforma di settore. Quella balneare però è una questione polistrutturata la cui disamina non è oggetto di questo lavoro⁵⁴ ma che risulta molto utile perché costituisce uno di quei pochi temi su cui si può essere concordi nell'affermare la sussistenza di un orientamento giurisprudenziale compatto di indubbia attuazione. Sull'incompatibilità del sistema di proroghe *sine die* all'italiana con la direttiva 2006/123/UE dell'Unione europea la giurisprudenza nazionale, infatti, eccezion fatta per pochi casi isolati, sembra non aver mai cambiato idea⁵⁵. L'oggetto del contendere ha una portata non solo giuridica, ma anche di carattere economico e sociale. Del resto, è innegabile che la questione assume massima rilevanza dal momento che, anche in considerazione della estensione del nostro patrimonio costiero e delle condizioni climatiche favorevoli, sulla base delle concessioni balneari in essere, nella maggior parte dei casi i titolari hanno dato vita a vere e proprie aziende, con significativi investimenti, in termini economici e personali, e importanti avviamenti. Tale contesto è stato poi ulteriormente rafforzato da un approccio procrastinatore del legislatore che ha lungamente rimandato il riassetto del sistema, utilizzando la proroga *ex lege* come strumento dilatorio più che come soluzione.

53 M. FERRARA, G. IONNADES, G. VOSA, *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *Federalismi.it*, 21/2021.

54 Per la cui analisi si rimanda a M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII, ad vocem, 2 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021; nonché, B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 20/2021, 12 ss.; A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2018 e di M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020 e i lavori ivi richiamati; i contributi raccolti nel volume a cura di A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI, *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli, 2021, 7; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? a margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*, 12/2021; nonché ancora M.A. SANDULLI nella premessa del volume di *Diritto e Società* interamente dedicato alle concessioni demaniali marittime, op.cit., 333-334.

55 Più di recente sul tema si veda Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10/07/2017, n. 3377; Cons. Stato, sez. V, 11/07/2017, n. 3416; Cons. Stato, sez. VI, 3/08/2017, n. 3892; Cons. Stato, sez. VI, 28/12/2017, n. 6137; Cons. Stato, sez. V, 11/06/2018, n. 3600; Cons. Stato, sez. VI, 10/02/2018, n. 8736; Cons. Stato, sez., V, 27/02/2019, n. 1368; Cons. Stato, sez. VI, 6/06/2018, n. 3412; Cons. Stato, sez. V, 28/02/2018, n. 1219; Cons. Stato, sez. VI, 18/11/2019, n. 7874; Cons. Stato, sez. V, 24/10/2019, nn. 7251, 7252, 7253, 7254, 7255, 7256, 7257, 7258; Cons. Stato, sez. V, 14/11/2019, n. 7837; Cons. Stato, sez. V, 9/12/2020, n. 7837; Cons. Stato, sez. VI, 17/07/2020, n. 4610; Cons. Stato, sez. IV, 16/02/2021, n. 1416; Cons. Stato, sez. VI, 9/03/2021, n. 2002.



Gli effetti di tale approccio oggi sono quantomai evidenti, al punto che dopo numerose pronunce nella medesima direzione, il giudice amministrativo interviene con una pronuncia che si pone a metà tra il soccorso al legislatore e lo sconfinamento di potere⁵⁶. In particolare, le sentenze gemelle del Supremo consesso di giustizia amministrativa, oltre a ribadire l'incompatibilità dello strumento di proroga, sanciscono la sussistenza di un onere di disapplicazione generalizzata della norma nazionale in contrasto con quella comunitaria in capo al giudice, almeno quanto in capo all'amministrazione nel suo complesso. Quanto detto significa che il Dirigente o il funzionario pubblico sarebbe tenuto a non conformarsi alla proroga *ex lege* poiché questa risulta in contrasto con la normativa comunitaria. Sulla questione però i due governi che sono succeduti alle pronunce del 2021, spinti anche dall'invadenza del giudice amministrativo⁵⁷, sono intervenuti aprendo ad una riforma di settore⁵⁸. In particolare, all'attivo risulta essere stato istituito un tavolo tecnico volto alla mappatura delle coste nazionali, al fine di garantirne un'esaustiva e pragmatica regolamentazione. Dunque, vi è una nuova legge che, nelle more della riforma, dispone che le concessioni demaniali attualmente in essere sono prorogate fino al 2024⁵⁹. Rispetto a tale ultima e recente disposizione il Consiglio di Stato si è pronunciato nel senso dell'incompatibilità comunitaria⁶⁰.

In siffatto contesto è utile interrogarsi sui problemi che potrebbe affrontare l'interprete anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale che pare essere prevalente e quindi

56 Sul tema si veda Cass. civ., Sez. Un., 23 novembre 2023, n.8394, in cui i giudici oltre ad evidenziare il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria nelle sentenze gemelle del 2021, nn. 17 e 18, afferma che vi è stato un vero e proprio diniego di giustizia nei confronti delle associazioni di categoria. In particolare "può comprendersi come le argomentazioni contenute nella sentenza impugnata) per estromettere dal giudizio tutti gli interventi in causa, rivelino non un mero e incensurabile *error in procedendo* ma, al contrario, un diniego in astratto della tutela giurisdizionale connessa al rango dell'interesse sostanziale (legittimo) fatto valere dagli enti ricorrenti, con l'effetto di degradarlo a interesse di mero fatto non giustiziabile.

57 Sulla trasformazione del giudice amministrativo si veda in particolare L. SALTARI, *I giudici amministratori*, Riv. trim. dir. pubbl., 1/23, 293.

58 Con l'approvazione della l. 5 agosto 2022 n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) il legislatore prende atto delle statuizioni del Consiglio di Stato e interviene con un approccio integrativo. Attraverso la legge citata si delinea il quadro di riferimento in cui dovranno inserirsi i decreti attuativi delegati al Governo per la nuova regolazione delle concessioni demaniali, capaci di andare in deroga anche al codice della navigazione.

59 L. 24 febbraio 2023, n. 14. (Dl n. 198/2022) Legge di conversione del Decreto Milleproroghe.

60 Cons. Stato, Sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192. In questa sede il Consiglio di Stato ribadisce, sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, che non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato.



di agevole individuazione. Per cui, in presenza di una richiesta di proroga del rapporto concessorio attualmente in essere fino al 2024, in conformità a quanto disposto dalla legge, il funzionario potrebbe disporre un provvedimento di divieto fondando la motivazione sull'orientamento del Consiglio di Stato che si palesa da tempo come maggioritario. In tal caso, pur trovandosi innanzi ad un orientamento ben definito, idoneo in astratto a costituire un'esenzione di responsabilità ai sensi dell'art. 2, si troverebbe in contrapposizione con quanto disposto dal legislatore.

Sebbene quello delle concessioni demaniali sia un caso raro e dalle numerose implicazioni, la questione pare essere però chiara. In un sistema di *civil law*, anche quando la valutazione di prevalenza pare essere agevole, la stessa non costituisce ugualmente una condizione di certezza assoluta, tale da rendere la fattispecie esente da qualsivoglia complicazione, al punto da generare un'esimente di responsabilità. Le insidie per l'interprete sono spesso altrettanto numerose, anche quando la motivazione sembra potersi fondare agevolmente sulla giurisprudenza. Pertanto, si teme che il funzionario possa quasi appiattare la motivazione del provvedimento amministrativo sulla giurisprudenza, evitando ulteriori ragionamenti sull'applicazione dell'orientamento alla fattispecie concreta, solo per ricavarne una minore responsabilità. Anche in temi come quello brevemente delineato dove la giurisprudenza non ha operato significativi *revirement*, il giudizio di prevalenza può risultare ostico e, ove fosse gravato da una forma di responsabilità, verrebbe operato certamente con più parsimonia.

Pertanto, pur confidando nel fatto che il legislatore continui sulla strada della fiducia intrapresa, si spera che il cambio di paradigma possa svilupparsi abbastanza in fretta da non rendere più necessaria una deresponsabilizzazione formale per un recupero di efficienza. Poiché, pur volendo interpretare le disposizioni dell'art. 2 in un'ottica complementare, dove la fiducia responsabilizzante compensa la deresponsabilizzazione in caso di decisioni adottate secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente o il parere di un'autorità, è ugualmente auspicabile che in futuro la fiducia riesca da sola laddove la responsabilità dirigenziale ha fallito, aiutando l'amministrazione a compiere quel doveroso cambio di passo che non pare più procrastinabile.

LA PROCEDURA D'INFRAZIONE EUROPEA CONTRO L'ITALIA PER LE CONCESSIONI DEMANIALI: INERZIA DEL LEGISLATORE E GIURISPRUDENZA ONDIVAGA.

Donatella del Vescovo¹

ABSTRACT [ITA]: il contrasto tra il nostro Paese e l'UE in materia di concessioni demaniali marittime è cominciato ormai 17 anni fa, a partire dalla emanazione della direttiva Bolkestein. Questa problematica risulta ancora oggi oggetto di numerose discussioni in Italia in quanto le concessioni demaniali vengono prorogate quasi automaticamente ormai da molti decenni agli stessi proprietari, peraltro con affitti molto bassi. Le spiagge però essendo beni di proprietà statale dovrebbero essere assegnate ai singoli concessionari attraverso gare pubbliche periodiche, con regole equilibrate e pubblicità internazionale, cosa che nella pratica non avviene. Per tale motivo ancora una volta nel 2023 la Commissione Europea ha avviato una ennesima procedura di infrazione contro l'Italia. Questo lavoro analizza la problematica italiana ed europea spiegando i vari passaggi e le prospettive future.

ABSTRACT [ENG]: *the contrast between our Country and the EU in the matter of maritime state concessions began 17 years ago, with the enactment of Directive Bolkestein. This issue is still the subject of numerous discussions in Italy as state concessions have been extended almost automatically for many decades now to the same owners, moreover with very low rents. However, the beaches, being state-owned assets, should be assigned to individual concessionaires through periodic public tenders, with balanced rules and international advertising, which is not the case in practice. For this reason, once again in 2023, the European Commission has launched yet another infringement procedure against Italy. This paper analyses the Italian and European problems, explaining the various steps and future prospects.*

¹ Ricercatore a tempo indeterminato in Diritto dell'Unione Europea-Università degli Studi di Bari.



SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Lo stato delle norme italiane. - 3. I fatti della causa C-348/22. - 4. La direttiva *Bolkestein*: applicabilità o meno alle concessioni demaniali marittime. - 4.1 *Segue*: natura *self executing*. - 5. Dubbi della giurisprudenza interna sulla compatibilità europea della disciplina nazionale. - 6. Recenti orientamenti del Governo italiano sulla non scarsità della risorsa. - 7. Cenni ad alcuni profili di critica ed alcune osservazioni conclusive.

1 Premessa.

La problematica del rilascio e del rinnovo delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative continua ad essere al centro dell'attenzione nazionale e dell'Unione. L'ultima sentenza della Corte di Giustizia Europea in materia ha circostanziato alcuni capisaldi che impongono un urgente intervento normativo interno al fine di uniformare la normativa italiana ai principi europei².

La questione riguardava un ricorso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) contro il Comune di Ginosa, in provincia di Taranto, impegnato in una battaglia legale per difendere il rinnovo automatico delle concessioni.

La normativa oggetto di controversia era la direttiva Bolkestein (2006/123/CE)³ relativa ai servizi nel mercato interno che il Governo italiano non ha mai recepito, evitando pertanto di istituire gare "trasparenti e non discriminatorie" per l'assegnazione degli spazi demaniali.

2 SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione) del 20 aprile 2023 causa C-348/22, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Comune di Ginosa.

3 Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno in GUUE, 27 dicembre 2006, L376, pp. 36-68. Sulla direttiva servizi, in generale, v. F.BESTAGNO, L.G.RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007; B. NASCIMBENE, *La Direttiva Bolkestein/CE sui servizi nel mercato interno*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2007, n. 2, pp. 861-885; S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi Bolkestein/CE. Genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009. Sulla direttiva e le concessioni balneari v., soprattutto, B. BAREL, *Diritto europeo, direttiva «servizi» e disciplina italiana delle concessioni degli arenili*, in *Munus*, 2018, pp. 347- 371.



Questa problematica risulta ancora oggi oggetto di numerose discussioni⁴ in Italia in quanto le concessioni demaniali vengono prorogate quasi automaticamente ormai da molti decenni agli stessi proprietari, peraltro con affitti molto bassi.

Le spiagge tuttavia essendo beni di proprietà statale dovrebbero essere assegnate ai singoli concessionari attraverso gare pubbliche periodiche, con regole equilibrate e pubblicità internazionale, cosa che nella pratica non avviene. Per tale motivo ancora una volta nel 2023 la Commissione Europea ha avviato una ennesima procedura di infrazione contro l'Italia emanando un parere motivato datato 16 novembre 2023. Il nostro Paese con risposta del 17 gennaio 2024 ha chiesto più tempo all'UE per definire i criteri in base ai quali stabilire se vi sia o meno scarsità del bene demaniale e per completare la mappatura delle spiagge, con conseguente blocco delle gare fino al 2025. Questa proroga secondo il Governo italiano si definisce "tecnica" in quanto diviene operativa quando vi siano difficoltà oggettive cioè connesse alla pendenza di un contenzioso o difficoltà operative cioè legate all'espletamento della procedura ad evidenza pubblica.

Ripercorrendo le origini della questione ricordiamo come il contrasto tra il nostro Paese e l'UE è cominciato ormai 18 anni fa, a partire in sostanza dalla emanazione della direttiva Bolkestein⁵.

4 B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 11 agosto 2021, n. 20/2021, pp. 1-21. V., altresì, A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2016, pp. 1-23; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2016, pp. 1-35; ID., *"Primazia" del diritto UE e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2018, pp. 1-26; G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2020, pp. 20-44; G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Federalismi.it*, n. 5, 4 marzo 2020, pp. 1-24; G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2020, pp. 23-50; E. AJMAR, P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2020, pp. 8-25; B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato: una prospettiva di riforma*, cit.; P. MAZZINA, *Le concessioni balneari ad uso turistico-ricreativo tra libera concorrenza e tutela sociale della collettività*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2022, pp. 583-602.

5 Una prima procedura d'infrazione venne aperta, durante il Governo Berlusconi IV, con lettera del 29 gennaio 2009 e riguardò, sostanzialmente, il c.d. diritto di insistenza, previsto dall'allora art. 37, comma 2, Cod. Nav., poi abrogato dall'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, convertito dalla Legge n. 25/2010, che fissò anche la prima proroga delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2015. A seguito dell'invio di una lettera di messa in mora complementare, il 5 maggio 2010, l'art. 11 della Legge



In questi lunghi anni l'unico tentativo di mettere ordine alla materia delle concessioni demaniali ad uso turistico e adeguarsi alle direttive europee ha prodotto una sola proposta di legge. Approvata dalla Camera nel 2017 e poi ferma in senato per fine legislatura, il disegno di legge definito Pizzolante⁶ frutto di un lungo dialogo con l'UE mirava a salvaguardare il valore di impresa degli attuali concessionari attraverso procedure di evidenze pubbliche e definendo criteri di gara precisi per riconoscere i diritti dei concessionari che hanno creato impresa.

La Corte di Giustizia Europea con la sua recente sentenza dell'aprile 2023 indica in maniera analitica tre punti fermi da rispettare riguardo alle concessioni demaniali marittime.

In primo luogo che la direttiva *de quo* si applica a tutte le concessioni di occupazione del demanio marittimo.

In secondo luogo, che il diritto dell'Unione incoraggia una valutazione su misura per individuare o meno la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili analizzando costantemente il territorio costiero in questione. Secondo la Corte di Giustizia Europea è necessario infatti che i criteri adottati da uno Stato membro per valutare la scarsità delle risorse naturali utilizzabili si basino su parametri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati.

In terzo luogo, l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività.

n. 217/2011 (legge comunitaria 2010) abrogò, altresì, la proroga sessennale delle concessioni, di cui all'art. 1, comma 2, d.l. n. 400 del 1993. Cosicché la Commissione europea archivì la procedura d'infrazione il 27 febbraio 2012, durante il Governo Monti e non la riaprì quando il Parlamento, con il parere contrario del Governo, in sede di conversione del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, modificò l'art. 34-duodecies della Legge n. 221/2012, estendendo al 31 dicembre 2020 la proroga per le concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009. Va rammentato, inoltre, che, con l'art. 1, comma 547, della Legge n. 228/2012 (Legge di stabilità 2013) le previsioni dell'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194/2009 sono state estese vuoi al demanio marittimo, per finalità sportive, vuoi al demanio lacuale e fluviale, per concessioni con finalità turistico-ricreative e sportive, vuoi ai beni destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto. Sulla prima procedura di infrazione v. C. POZZI, *Le concessioni demaniali marittime: stato dell'arte dopo l'apertura della procedura di infrazione Comunitaria*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, pp. 379-393.

⁶ Disegno di legge C. 2388, XVII Legislatura.



Tale sentenza ha, quindi, riaperto i riflettori su un tema che, da qualche anno a questa parte, suscita un intenso dibattito in Italia, in quanto coinvolge interessi contrapposti⁷; da un lato quello privatistico delle imprese concessionarie che vedono sfumare i loro proventi economici e vanificarsi i loro investimenti e dall'altro l'interesse a garantire la libera concorrenza, anche transfrontaliera, nell'utilizzo di suoli demaniali, connotati di per sé da una destinazione all'uso pubblico⁸. Interesse quest'ultimo che costituisce uno dei pilastri del diritto dell'Unione Europea, cui tutti gli Stati membri sono tenuti a conformarsi. Infatti, data l'eccezionalità dell'attribuzione di un diritto di uso esclusivo su un bene demaniale, la concessione attribuisce al concessionario un diritto di superficie con una durata limitata; da qui nasce appunto la necessità di garantire, sulla base di criteri di selezione trasparenti e imparziali, la successione nel tempo di più utilizzatori del bene medesimo.

Questa sentenza ha nuovamente evidenziato infatti come l'impostazione di fondo del diritto italiano risulti in parte ancora connotata da un *favor* per la stabilità delle concessioni; *favor* che ben poteva evincersi dall'ormai abrogato secondo comma dell'art. 37 del Codice della Navigazione, il quale prevedeva il c.d. "diritto di insistenza", in base al quale veniva data

7 Sulla sentenza v., tra i primi commenti, D. DIVERIO, *Nulla di nuovo... sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa AGCM c. Comune di Ginosa*, in *BlogDUE*, 2023, pp. 1-10; R.M. BERLOCO, S. TURZO, *La Corte di giustizia sulle concessioni demaniali: la proroga del titolo concessorio deve essere disapplicata dai giudici nazionali e dalle autorità amministrative, comprese quelle comunali*, in *Legal Team*, 27 aprile 2023; C. POZZI, *Balneari, dalla Corte UE una nuova pagina per la riforma delle concessioni*, in *mondobalneare.com*, 2 maggio 2023; M. CLARICH, G. FONDERICO, *Concessioni balneari: no rinnovo automatico per le spiagge italiane e spazio a gare imparziali e trasparenti*, in *Guida al diritto*, 11 maggio 2023, n. 17, pp. 96-98; R. TUMBIOLO, *Il demanio costiero come risorsa naturale e ambientale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 43, 2 giugno 2023; G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le condizioni: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *federalismi.it*, n. 13, 14 giugno 2023, pp. 125-144; A.M. LISCIO, *Repetita iuvant: è obbligatoria una procedura concorrenziale per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime (nota CGUE C-348/22 del 20 aprile 2023)*, in *Giustamm*, n. 6/2023, 26 giugno 2023; G. PARODI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE*, 7 luglio 2023.

8 In merito al dibattito provocato dalle concessioni demaniali marittime citiamo da ultimo A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, 2021; F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021; B. BAREL, *La concorrenza arriva sulle spiagge. In gara le concessioni demaniali marittime*, in *Dinamiche Territoriali*, 2 marzo 2022; G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale? in rivista.eurojus.it*, 2022, fasc. 1, pp. 168-218; M. FRAGOLA, *Le concessioni balneari alla luce del diritto dell'Unione europea (e della direttiva c. d. "Bolkestein")*, Cosenza, 2023.



preferenza «alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze».

Il legislatore italiano si è, infatti, mostrato più volte inerte nel conformarsi al diritto europeo in tale ambito, intervenendo con un susseguirsi di leggi volte a prorogare il rinnovo automatico delle concessioni, nelle more di un riordino complessivo della materia. Basti pensare che, nelle more della recente pronuncia della Corte di Giustizia, è ulteriormente intervenuto il Parlamento italiano, con la Legge n. 118/2022 (in particolare, artt. 2-4), abrogando *in primis* le norme recanti le proroghe illegittime⁹ e tendenzialmente confermando il 31 dicembre 2023 quale data ultima di efficacia delle concessioni prorogate o rinnovate. Sennonché, tale termine è stato nuovamente posticipato dalla legge di conversione del c.d. Decreto Milleproroghe (Legge n. 14/2023) la quale ha spostato dal 31 dicembre 2023 al 31 dicembre 2024 l'efficacia delle attuali concessioni, prevedendo, nel contempo la possibilità di un'ulteriore dilazione da fine 2024 a fine 2025 nel caso in cui sopraggiungano “ragioni oggettive”.

Proviamo dunque a esaminare la situazione nei dettagli e le prospettive future al fine di scongiurare ulteriori ritardi nel rispetto della normativa europea.

2 Lo stato delle norme italiane.

La normativa nazionale in tema di concessioni demaniali marittime, come abbiamo già anticipato, ha subito nel corso degli anni una continua evoluzione ai fini di adeguare la legislazione interna ai principi espressi dalla normativa europea.

Il Codice della Navigazione ed il regolamento per la sua esecuzione¹⁰, per quel che qui rileva, dettano una disciplina che già prima dell'intervento del d.l. n. 400/1993 risultava non priva di ambiguità¹¹. Esso infatti prevedeva un procedimento finalizzato alla valutazione comparativa tra gli aspiranti solo in via eventuale, ovvero nell'ipotesi di più domande di rilascio di concessione sul medesimo bene demaniale (art. 37). Il medesimo articolo, al secondo comma, contemplava tuttavia qualora ci fossero più domande la preferenza in favore del soggetto già titolare della concessione.

⁹ Il riferimento è proprio alla Legge n. 145/2018, nonché all'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020.

¹⁰ Approvato con r.d. del 30 marzo 1942, n. 327.

¹¹ D.lgs. del 5/10/93 n. 400 convertito con modificazioni dalla Legge n. 94/93 in GU, 4 dicembre 93 n. 285 recante disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni balneari.



L'art. 18 del regolamento, invece, al primo comma, stabiliva che solo quando si trattasse di «concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo» dovesse essere ordinata «la pubblicazione della domanda mediante affissione all'albo del Comune ove fosse situato il bene richiesto». Si trattava dunque di una pubblicazione che il successivo comma secondo metteva in relazione con la necessità di consentire la presentazione di osservazioni e opposizioni.

Il tema delle domande concorrenti compariva invece in modo piuttosto scoordinato. Il comma 5 dell'art. 18, infatti prevedeva che nei casi in cui la domanda di concessione fosse stata pubblicata, «le domande concorrenti dovevano essere presentate nel termine previsto per la proposizione delle opposizioni», salvo al successivo comma prevedere la possibilità di un esame «delle domande presentate anche oltre detto termine per imprescindibili esigenze di interesse pubblico»¹². Anche il comma 7 disponeva poi che trascorsi sei mesi dalla scadenza del termine massimo per la presentazione delle domande senza che sia stata rilasciata la concessione al richiedente preferito per fatto addebitabile allo stesso, «potessero essere prese in considerazione tutte le domande presentate dopo detto termine».

L'art. 18 si chiudeva infine con un comma 8 alquanto enigmatico, affermando il regolamento che le disposizioni dell'articolo «si applicano in ogni altro caso di presentazione di domande concorrenti»¹³.

Sempre riguardo al regolamento di esecuzione del Codice della Navigazione, si noti peraltro che l'art. 25 stabilisce che scaduto il termine della concessione «questa si intende cessata di diritto senza che occorra alcuna diffida o costituzione in mora» lasciando intendere di voler mettere fuori sistema ogni ipotesi di automatismo nel rinnovo.

L'ambiguità della normativa italiana si evince anche nella norma principale della materia, che è rappresentata dall'art. 37 del Codice della Navigazione. Esso nella sua originaria versione, al primo comma stabiliva che nel caso di più domande «è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico». In sostanza solo in assenza di tale ragione di preferenza i successivi commi secondo e terzo disponevano che «per le concessioni di durata superiore al biennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata», mentre «per le concessioni di durata non superiore al biennio e che non importino impianti di

12 Questa possibilità di esame delle domande tardive verrà poi espunta dalla più recente modifica dell'art. 18 reg. nav. intervenuta per effetto del d.l. n. 457/1997 convertito dalla Legge n. 30/1998 che tra altro abrogherà i commi 3, 6 ed 8 dell'art. 18 reg. (introdotti dal d. P. R. n. 1085/1973).

13 Questo comma è stato però abrogato dal d.l. n. 457/1997 convertito dalla Legge n. 30/1998.



difficile sgombero, la preferenza è data al precedente concessionario» procedendo solo in mancanza di quest'ultimo ad assegnazione mediante licitazione privata¹⁴.

Quello che risulta evidente quindi è che se si accantona per un attimo il vero grave tema, che era in realtà quello di rendere a monte possibile la presentazione di una pluralità di domande, ovvero della pubblicazione di cui si occupava l'art. 18 del regolamento, non si può assolutamente sostenere che la disciplina dell'art. 37 nel suo impianto originario accordasse a colui che è già concessionario una preferenza inattaccabile. Questo non tanto perché la posizione di costui era contemplata solo per le ipotesi di concessioni inferiori ad una determinata durata, ma perché la sua ragione di preferenza sembrava destinata a soccombere di fronte ad un richiedente che offrisse maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e di avvalersene per un uso rispondente ad un interesse pubblico più rilevante.

Tutte le disposizioni citate verranno in seguito modificate incisivamente con il d.l. n. 400/1993 convertito dalla Legge n. 494/1993. Infatti l'art. 1 del d.l. n. 400/1993, nel prevedere una tipizzazione più esaustiva delle concessioni marittime cc.dd. turistico-ricreative, stabiliva che queste avessero una durata definita di quattro anni, essendo a tal fine irrilevante il tipo di impianti previsto per lo svolgimento dell'attività. L'art. 2 del medesimo decreto, al comma 2, modificava però il secondo e terzo comma dell'art. 37 del Codice della Navigazione, stabilendo che «ai fini della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che comportino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È data inoltre preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Qualora invece non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata». Tutta la normativa dunque consolidava in maniera tangibile il privilegio del precedente concessionario, talmente tanto da farlo sembrare un fattore di preferenza pressoché sempre prevalente.

La situazione venne ulteriormente amplificata con la novella apportata dall'art. 10 della Legge n. 88/2001 che, intervenendo in sostituzione del comma 2 dell'art. 2 del d.l. n. 400/1993 convertito dalla Legge n. 494/1993, prevedeva una durata di sei anni delle concessioni e soprattutto, che «alla scadenza esse si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza»¹⁵. Da ciò derivava, come si può facilmente intuire, che il

¹⁴ La distinzione di disciplina tra concessioni di durata superiore o meno al biennio sarà poi modificata dall'art. 3 del d.P.R. 13 luglio 1954, n. 747, che distinguerà tra concessioni superiori o inferiori al quadriennio.

¹⁵ Come ricorda B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 111, è significativo osservare che nel contesto del conferimento alle Regioni della disciplina del rilascio delle concessioni per usi turistico-ricreativi, nel quadro generale dei principi della Legge n. 135/2001, l'accordo quadro tra Stato e regioni, recepito con d.p.c.m. 13 settembre 2002, ha stabilito che la regola del rinnovo automatico delle concessioni costituisce principio fondamentale inderogabile della legislazione regionale.



privilegio accordato al concessionario insediato era tale da rendere persino pleonastica la tutela offertagli dall'art. 37 del Codice della Navigazione.

La successiva Legge n. 296/2006 ne aumentò ancora la durata estendendola fino ad un termine massimo di anni venti.

Pertanto, contestualmente al superamento del diritto di insistenza, di cui all'art. 37, secondo comma, secondo periodo del Codice della Navigazione, l'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, prevede la proroga del termine delle concessioni in essere al 31 dicembre 2012, che la legge di conversione del 26 febbraio 2010, n. 25, estese al 31 dicembre 2015. Un'altra evidente contraddizione fu che nonostante la Legge n. 217/2011, avesse abrogato il rinnovo automatico, appena l'anno successivo il menzionato art. 34-duodecies della stessa legge fu modificato in sede di conversione dall'art. 1, comma 1, della Legge n. 221/2012, con l'effetto di prorogare ulteriormente il termine delle concessioni in essere, estendendolo al 31 dicembre 2020.

A causa di questa incredibile situazione, l'Italia è pertanto incorsa in una procedura di infrazione dinanzi alla Corte di Giustizia Europea la quale, a partire dalla sentenza *Promoimpresa*¹⁶, ha dichiarato la normativa nazionale suindicata incompatibile con l'ordinamento dell'Unione.

In seguito lo Stato italiano, nelle more della revisione e del riordino della materia con l'art. 24 c. 3 - septies del d.l. 113/2016, convertito con Legge n. 160/2016, ha previsto una ulteriore proroga dei rapporti concessori in essere.

La nuova normativa, che in apparenza era volta a garantire la tanto auspicata compatibilità con l'ordinamento dell'Unione, non è tuttavia mai intervenuta e, approssimandosi la scadenza

16 Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 14 luglio 2016, Cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, ECLI:EU:C:2016:558. Nella sentenza *Promoimpresa*, la Corte - avendo considerato che l'armonizzazione realizzata dalla direttiva Bolkestein fosse «esaustiva» - ha equiparato le concessioni in parola ad una «autorizzazione» ai sensi dell'art. 12, in quanto «costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica» (punto 41). Inoltre, la Corte ha ritenuto che «la proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso» dai termini stessi dell'art. 12, par. 2 (punto 50), utilizzando - come si è osservato (E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in giustiziainsieme*, 30 dicembre 2021)- una formulazione generalmente riservata ad una disposizione produttiva di effetti diretti. Infine, quanto alla valutazione della limitatezza o meno della risorsa, fondamentale rispetto all'applicazione dell'art. 12, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che essa compete al giudice nazionale, il quale prenderà in considerazione, in particolare, il fatto che le concessioni sono rilasciate a livello comunale e non nazionale (punto 43). Diversamente, l'avvocato generale Maciej Szpunar, nelle conclusioni presentate il 25 febbraio 2016, aveva affermato che le aree demaniali situate sulle rive del Lago di Garda e sulla costa marittima sarda fossero «ovviamente limitate» e potessero, pertanto, essere qualificate a stregua di «risorse naturali scarse» (parr. 71-72).



del 31 dicembre 2020, con la Legge finanziaria 2019 (Legge n.145/2018) si è disposta un'ulteriore proroga delle concessioni demaniali in vigore fino al 31 dicembre 2033¹⁷.

Tuttavia il Parlamento italiano, come abbiamo già evidenziato, nelle more della pronuncia oggetto del presente commento, con apposita Legge n. 118/2022 abrogò le leggi precedenti recanti le proroghe considerate illegittime e ridusse di 10 anni la durata delle concessioni fissandola al 31 dicembre 2023 quale data ultima di efficacia delle concessioni prorogate o rinnovate, con possibilità di proroga massimo di un anno al 31 dicembre 2024 in caso di difficoltà da parte delle amministrazioni concedenti dovuta in particolare a contenziosi. Sennonché, tale termine è stato nuovamente posticipato dal d.l. n. 198/2022, convertito dalla Legge n. 14/2023, al 31 dicembre 2024 (cfr. art. 12, co. 6-sexies). Lo stesso decreto-legge ha previsto, all'art. 10-quater, co.3, che le concessioni in essere continuino in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi titoli concessori, suscitando tuttavia la pronta reazione del Consiglio di Stato¹⁸.

Dunque in sostanza salvo rari casi individuali di revoca della concessione, tutte quelle esistenti al 31 dicembre 2009 sono state continuamente prorogate, ben sapendo come la legittimità di queste proroghe fosse esclusa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

3 I fatti della Causa C-348/22.

Il persistente contrasto tra la normativa italiana e quella europea ha determinato incertezze sia tra i giudici che tra le autorità amministrative, soprattutto per quanto riguarda la questione dell'efficacia diretta delle direttive europee in materia di concessioni balneari e della

17 Con la citata Legge n. 145/2018 (articolo 1 commi da 675 a 677) in sostanza oltre al rinnovo delle concessioni venivano contestualmente previsti i termini per l'espletamento di una serie di attività preliminari funzionalmente necessarie alla definizione della augurata riforma della normativa di settore, quali la ricognizione e la mappatura del litorale e il censimento delle concessioni demaniali in essere, le diverse tipologie delle strutture esistenti sul demanio, la ricognizione degli investimenti effettuati e dei tempi di ammortamento, dei canoni, nonché infine la valutazione del rating d'impresa, la modifica delle norme del Codice della Navigazione, i criteri e le regole di aggiudicazione nonché i requisiti soggettivi e la durata delle concessioni. In dottrina v. C. POZZI, P. BELLANDI, *Dalle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo all'impresa balneare: analisi della riforma operata dalla legge n. 145/2018 e considerazioni de iure condendo*, in *DCSI*, 2/2020, pp. 400-401.

18 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192, che ha rilevato l'illegittimità di tale proroga e il conseguente obbligo di disapplicarla. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ne ha preso atto. Mi riferisco, ovviamente, alle c.d. sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria 2021, quanto alla proroga al 31 dicembre 2033, nonché alla sentenza del 1° marzo 2023, con riferimento alla più recente proroga (al 2024-2025), prevista dalla legge n. 14/2023.



conseguente possibilità, per gli operatori del diritto, di disapplicare la normativa interna con esse contrastante¹⁹.

La vicenda, che ha poi portato alla recente pronuncia della Corte di Giustizia Europea citata, è scaturita dunque da tale incertezza applicativa.

I fatti riguardano un Comune pugliese, in particolare il Comune di Ginosa, in provincia di Taranto, che aveva prorogato con delibera del 24 dicembre 2020, le concessioni di occupazione del demanio marittimo sul proprio territorio fino al 31 dicembre 2033 con la scusante di disporre del tempo necessario allo svolgimento di tutte le attività essenziali per la dichiarata imminente riforma delle concessioni²⁰.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, previo invio di un parere motivato cui il Comune non ha dato seguito, ha impugnato la suddetta delibera dinanzi al Tar Puglia, per violazione degli artt. 49 e 56 TFUE, nonché dell'art. 12 nella direttiva Bolkestein, chiedendone l'annullamento. Secondo la direttiva, infatti, i diversi Stati membri per assegnare una concessione balneare devono applicare una procedura imparziale e trasparente, e questo solo qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia esiguo per via

19 M.C. GIRARDI, *Concorrenza, demanio marittimo e tutela dei diritti tra frammentazione giuridica ed esigenze di bilanciamento. Riflessioni a partire dal disegno di legge per il mercato e la concorrenza*, n.15, 1 giugno 2022, pp. 59-82; A. COSSIRI, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie? in federalismi.it*, n. 9, 2022, pp. 1-20; A. PERSICO, *Le concessioni demaniali marittime nell'impatto con il diritto dell'Unione. Spunti comparatistici per una gestione sostenibile "a tuttotondo" del patrimonio costiero nazionale*, in *federalismi.it*, n. 22, 10 agosto 2022, pp. 114-148; A.M. LISCIO, *Il ruolo dell'esecutivo nell'incerto futuro delle concessioni demaniali marittime*, in *federalismi.it*, n. 7, 23 marzo 2023, pp. 80-105; M. MATASSA, *La disciplina delle concessioni balneari e l'evaporazione del diritto liquido*, in *federalismi.it*, n. 10, 3 maggio 2023, pp. 152-172; G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le condizioni: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *federalismi.it*, n. 13, 14 giugno 2023, pp. 125-144.

20 Sulla sentenza v. D. DIVERIO, *Nulla di nuovo...sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa AGCM c. Comune di Ginosa*, in *BlogDUE*, 2023, pp. 1- 10; R.M. BERLOCO, S. TURZO, *La Corte di giustizia sulle concessioni demaniali: la proroga del titolo concessorio deve essere disapplicata dai giudici nazionali e dalle autorità amministrative, comprese quelle comunali*, in *Legal Team*, 27 aprile 2023; C. POZZI, *Balneari, dalla Corte UE una nuova pagina per la riforma delle concessioni*, in *mondobalneare.com*, 2 maggio 2023; M. CLARICH, G. FONDERICO, *Concessioni balneari: no rinnovo automatico per le spiagge italiane e spazio a gare imparziali e trasparenti*, in *Guida al diritto*, 11 maggio 2023, n. 17, pp. 96-98; R. TUMBIOLO, *Il demanio costiero come risorsa naturale e ambientale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 43, 2 giugno 2023; G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le condizioni: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, *cit.*; A.M. LISCIO, *Repetita iuvant: è obbligatoria una procedura concorrenziale per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime (nota CGUE C-348/22 del 20 aprile 2023)*, in *Giustamm*, n. 6/2023, 26 giugno 2023; G. PARODI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE*, 7 luglio 2023; CARLO CURTI GIALDINO, *La sentenza della Corte di giustizia europea del 20 aprile 2023 in tema di concessioni balneari: spunti critici e proposte per chiudere una storia infinita*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 455-481



della scarsità delle risorse naturali. Inoltre, nella stessa disposizione, viene sancito il principio per cui l'autorizzazione deve essere rilasciata per una durata di tempo limitata e non possa essere oggetto di rinnovo automatico, escludendo inoltre ogni possibilità di indennizzo per i concessionari uscenti.

Pur dunque riconoscendo in base alla sentenza *Promoimpresa* la proroga automatica incompatibile con le norme europee, il Tar Puglia si chiedeva se l'art. 12 della direttiva fosse produttivo di effetto diretto²¹ e quale sarebbe stato l'effetto di una esclusione delle norme nazionali difformi. Secondo questi giudici infatti, da un lato, l'art. 12 della direttiva non avrebbe carattere self-executing, e dall'altro, le amministrazioni locali non sarebbero comunque legittimate a disapplicare la normativa nazionale contrastante con le norme di direttive europee auto-esecutive²². La conseguente conclusione dunque era quella di dar seguito sul versante amministrativo alle proroghe.

Da ciò il Tar Puglia sottopose alla Corte di Giustizia Europea una serie di questioni pregiudiziali dirette a verificare l'ambito di applicazione, la validità, la natura e gli effetti della direttiva in questione.

4. La direttiva Bolkestein: applicabilità o meno alle concessioni demaniali marittime.

Ora la Corte prima di valutare se la direttiva Bolkestein potesse definirsi o meno auto-esecutiva, si è chiesta se innanzitutto la predetta direttiva risulti o meno applicabile alle concessioni demaniali marittime, in quanto l'eventuale inapplicabilità della direttiva alle

21 Come invece ritenuto dal Consiglio di Stato nelle sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021. Nonostante che in dottrina e in giurisprudenza sia invalso l'uso di definire le due sentenze come "gemelle", esse, concernono gli appelli di due decisioni, che hanno avuto esiti contrapposti. Infatti, mentre il TAR Puglia, sede di Lecce, con decisione n. 73/2021, aveva accolto il ricorso proposto dal concessionario uscente relativo alla pretesa del riconoscimento del diritto alla proroga fino al 31 dicembre 2033, il TAR Sicilia, sede di Catania, con decisione n. 504/2021 aveva invece respinto analoga istanza di riconoscimento della detta proroga. Sulle sentenze, dal punto di vista del diritto dell'Unione, si v. A. CIRCOLO, *Un "approdo" per le concessioni balneari: l'Adunanza plenaria nega la proroga automatica delle concessioni*, in *Blog di Aisdue*, 2 dicembre 2021; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?* in *Diritto e Società*, 2021, n. 3, pp. 359-383; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustizia Insieme*, 30 dicembre 2021; R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?* in *rivista.eurojus.it*, 2022, n. 11, pp. 105-117. Più in generale v. il fascicolo monografico della rivista *Diritto e società*, 2021, n. 3 (con scritti di M.A. SANDULLI, F. FERRARO, G. MORBIDELLI, M. GOLA, R. DIPACE, M. CALABRÒ, E. LAMARQUE, R. ROLLI-D. SAMARRO, E. ZAMPETTI, G. IACOVONE, M. RAGUSA E P. OTRANTO) nonché M.P. CHITI, *Juger l'administration c'est aussi légiférer? L'adunanza plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2021, nn. 5-6, pp. 870-884. 22 Cfr. ad es. Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 15 gennaio 2021, nn. 71, 72, 73, 74, 75.



suddette concessioni avrebbe reso chiaramente inammissibile il rinvio pregiudiziale ai fini del decidere dei quesiti proposti.

Sotto tale profilo appare dirimente il chiaro riferimento della Corte alla propria consolidata giurisprudenza ai fini di confermare come l'art. 12 di detta direttiva fosse applicabile a qualsiasi concessione indipendentemente dal fatto che essa presenti o meno un interesse transfrontaliero certo e sia collocata in un'area considerata limitata²³.

In tal senso la Corte aveva già affrontato la questione nella citata sentenza *Promoimpresa*. Essa infatti, in questa sentenza, riprendendo la sua giurisprudenza²⁴, affermava che le disposizioni del capo III della direttiva Bolkestein si applicavano indipendentemente dall'esistenza di un elemento transfrontaliero. Non è pertanto necessario determinare l'ambito di applicazione della direttiva poiché essa si applica a prescindere dall'elemento transfrontaliero e anche in presenza di situazioni puramente interne²⁵.

Come noto il fenomeno della erosione degli spazi di immunità dal diritto comunitario delle situazioni puramente interne è un tema molto caldo del recente diritto europeo, enfatizzato proprio riguardo alla direttiva Bolkestein. Questa infatti, a differenza delle direttive appalti e concessioni (che attraverso la previsione delle soglie risolvono a monte il problema dell'interesse transfrontaliero), si presta a diverse letture. Tuttavia ad analoghe conclusioni è approdata anche la dottrina sulla base di riflessioni molto più ponderate di quelle della Corte di Giustizia Europea²⁶.

Dopo aver dunque accertato la piena applicabilità della direttiva alle figure giuridiche in oggetto, la Corte affronta il criterio della scarsità delle risorse ai fini della valutazione della quantità di concessioni disponibili.

Essa afferma al punto 43 della sentenza, che la valutazione relativa alla circostanza se le concessioni in questione debbano considerarsi come di numero limitato per via della scarsità delle risorse naturali spetta esclusivamente al giudice nazionale. Sotto tale profilo deve essere però considerato il fatto che le concessioni demaniali in questione nello Stato italiano sono rilasciate a livello non nazionale, bensì comunale, dovendo evidentemente costituire, l'ambito di territorio costiero di competenza dello specifico Comune, il parametro di riferimento quanto

23 Punti 39- 41 sentenza.

24 Sentenze della Corte di Giustizia CE del 30 gennaio 2018, Cause C-360/15 e C-31/16, *X e Visser*, ECLI:EU:C:2018:44, punti da 99 a 110, e del 22 settembre 2020, Cause C-724/18 e C-727/18, *Cali Apartments*, ECLI:EU:C:2020:743, punto 56.

25 La Corte di giustizia riprende in toto le conclusioni dell'Avv. Generale Mיעiej Srpunar, del 25 febbraio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, punto 50.

26 S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 59 ss; A.NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano, 2016, 85 ss.

alla valutazione della scarsità delle risorse e del numero limitato di autorizzazioni-concessioni disponibili.

La Corte quindi statuisce testualmente: «Nell'ipotesi in cui le concessioni di cui ai procedimenti principali (concessioni demaniali lacuali, marittimi) rientrassero nell'ambito di applicazione dell'articolo 12 della direttiva Bolkestein, occorre rilevare che, secondo il paragrafo 1 di tale disposizione, il rilascio di autorizzazioni, qualora il loro numero sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, deve essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, una adeguata pubblicità».

Si evidenzia a tal proposito che proprio ai fini di individuare la scarsità o meno delle risorse naturali la Legge n. 118/2022 ha chiesto al Governo di mappare il litorale italiano. In questa relazione, resa pubblica nel dicembre 2023 è emerso che appena il 33% delle coste italiane è occupato da concessioni. Pertanto la strada della non scarsità della risorsa, ammessa dalla stessa direttiva Bolkestein come possibile criterio di esclusione delle gare pubbliche, resta per il Governo italiano l'unica possibile per preservare tutte quelle concessioni rilasciate prima del 2009.

4.1: natura *self executing*.

Premesso il chiaro conflitto delle leggi nazionali dispositive di proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime con la direttiva Bolkestein (articolo 12), oltre che con l'articolo 49 del TFUE, occorre a questo punto stabilire se la direttiva possa o meno ritenersi auto-esecutiva e quindi di immediata e diretta applicabilità.

Secondo gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza amministrativa italiana e, nello specifico nell'espressa statuizione in tal senso contenuta nelle sentenze "gemelle" del Consiglio di Stato Ad. Plen. n.17 e n.18 del 2021, si afferma il carattere palesemente auto-esecutivo della direttiva con la seguente motivazione: «perché tale carattere è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza *Promoimpresa*, oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito».

Tale assunto in realtà non è realmente condivisibile sotto duplice profilo: 1) primo perché, viceversa, nella giurisprudenza nazionale il tema dell'auto-esecutività della direttiva Bolkestein non è mai stato affrontato specificamente, in secondo luogo perché la natura autoesecutiva della direttiva non sembra contenuta nella sentenza *Promoimpresa*, nella quale invece si legge che «gli articoli da 9 a 13 della direttiva prevedono una serie di disposizioni che devono essere rispettate dallo Stato membro qualora l'attività di servizio sia subordinata al rilascio di un'autorizzazione» e che «si deve ritenere che gli articoli da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione».



In sostanza dunque con l'analisi dell'effetto diretto dell'art. 12 si chiedeva alla Corte se questo articolo obbligasse o meno gli Stati membri ad effettuare una selezione imparziale tra i potenziali candidati impedendo in sostanza i rinnovi automatici delle concessioni.

Piuttosto che dalla giurisprudenza amministrativa italiana una puntuale individuazione delle specifiche necessarie per qualificare o meno una direttiva come auto-esecutiva si rinviene nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. Essa infatti fin dal lontano 1994 nella sentenza sul procedimento C-236/92²⁷, ha statuito che una direttiva (nel caso di specie, la 75/442/CEE) laddove non risultasse né incondizionata né sufficientemente precisa non poteva ritenersi auto-esecutiva. E in particolare la Corte ha così statuito: «secondo una costante giurisprudenza²⁸, in tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiano, sotto il profilo sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l'abbia recepita in modo inadeguato».

In particolare la Corte ha sottolineato che una norma sufficientemente precisa può essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice solo allorché sancisca un obbligo in termini non equivoci²⁹.

L'intera linea giurisprudenziale dunque porta la Corte a precisare, come aveva già avuto modo di precisare al punto 50 della sentenza *Promoimpresa*, che l'art. 12, par. 2 della direttiva vieta, in termini inequivocabili, proroghe automatiche e generalizzate di dette concessioni (punto 69). Il fatto, poi, che gli obblighi incombenti sugli Stati membri, ai sensi dell'art. 12, parr. 1 e 2, trovino applicazione solo in caso di scarsità delle risorse naturali, accertamento che spetta all'amministrazione competente di verificare, sotto il controllo del giudice nazionale, non priva la disposizione di effetto diretto (punto 71) e, comunque, non esime le autorità italiane dal garantirne l'attuazione (punto 72).

Contrastante con questo orientamento è la posizione del Tar Puglia - Sezione di Lecce (tra le tante, Tar Puglia - Sezione di Lecce 71/2021) laddove lo stesso ha ritenuto di escludere la natura auto-esecutiva della direttiva Bolkestein. Secondo il Tar infatti la conseguente impossibilità di immediata applicazione sul territorio nazionale deriva da una assenza della previa approvazione di una legge recante specifiche disposizioni attuative, ovvero regole uniformi per l'effettuazione delle gare, relative anche ai requisiti di partecipazione e ai criteri di aggiudicazione. In sostanza, secondo i giudici amministrativi, in ossequio ai principi

27 Sentenza della Corte di Giustizia CE del 23 febbraio 1994, Causa C-236/92.

28 Sentenze della Corte di Giustizia CE del 19 gennaio 1982, Causa C-8/81, *Becker*; del 22 giugno 1989, Causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*.

29 Sentenza della Corte di Giustizia CE del 26 febbraio 1986, Causa C-152/84, *Marshall*; Sentenza della Corte di Giustizia CE del 4 dicembre 1986, Causa C-71/85 *Federatie Nederlandse Vahbeweging*.



fondamentali di completezza dell'ordinamento giuridico e di certezza del diritto, stante la natura non auto-esecutiva della direttiva, deve - nelle more - trovare applicazione la normativa nazionale dispositiva della proroga automatica.

Il Tar Lecce inoltre ha specificato a chi spettasse il potere di c.d. disapplicazione in senso assoluto, della normativa nazionale. Secondo i giudici infatti, questo potere non andrebbe attribuito al singolo dirigente del comune, proprio perché consentirebbe in tal modo una violazione della legge nazionale, sulla base di un proprio soggettivo e personale convincimento della natura auto-esecutiva della direttiva. Il Tar ritiene invece tale potere spettare esclusivamente al giudice nazionale, al quale - a tal fine - risultano attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo, quali l'incidente di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale ovvero il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, strumenti dei quali non dispone ovviamente il dirigente comunale.

Siffatto orientamento viene tuttavia di fatto sconfessato dalle succitate sentenze "gemelle" del Consiglio di Stato Ad. Plenaria n.17 e n.18 del 2021. In questo caso il Consiglio di Stato ha ritenuto: -l'estraneità della direttiva rispetto alla materia del turismo; -la natura auto-esecutiva e l'immediata applicabilità della direttiva Bolkestein; -l'obbligo di disapplicazione della legge nazionale anche ad opera del singolo dirigente di ciascun Comune; - in via generale e astratta la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa naturale e del numero conseguentemente limitato di autorizzazioni-concessioni disponibili con riferimento all'intero territorio costiero complessivamente considerato.

Pertanto nonostante il Consiglio di Stato abbia ritenuto la direttiva immediatamente applicabile, ha disposto tuttavia un differimento degli effetti della sentenza. Questo in sostanza ha determinato un'ulteriore proroga automatica e generalizzata del termine di scadenza del 31 dicembre 2020 delle concessioni demaniali in essere fino al 31 dicembre 2023. Siffatto differimento però avveniva soltanto al dichiarato fine di sollecitare un intervento del legislatore, ritenendo evidentemente - se non necessaria - la previa approvazione di una normativa nazionale di concreta attuazione della direttiva. Tuttavia è da considerare alquanto insolito che i giudici si siano sostituiti al legislatore fissando un termine preciso entro cui istituire le gare, ossia quello del 31 dicembre 2023. Ma soprattutto, appare bizzarro che il Consiglio di Stato dichiari illegittima l'estensione al 2033 in quanto automatica e generalizzata, per poi stabilire un'altra sorta di proroga altrettanto automatica e generalizzata.

Ciò però che appare chiaro è che, nella sentenza contro il Comune di Ginosa, la richiesta del Tar Puglia alla Corte di Giustizia Europea di individuare chi fosse il destinatario dell'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale configgente alla norma europea, risulta essere una evidente ripetizione, dovuta ormai ad una consolidata giurisprudenza



europea³⁰ che vede la possibilità da parte di tutte le amministrazioni, comprese quelle comunali, di disapplicare le norme nazionali non conformi alle disposizioni di effetto diretto di una direttiva.

Dopo aver confermato dunque la natura *self executing* della direttiva, la Corte da ultimo accerta se la stessa è qualificabile o meno come direttiva di armonizzazione, in quanto in questo caso avrebbe dovuto essere adottata dal Consiglio all'unanimità e non a maggioranza qualificata come invece è avvenuto (in base agli artt. 47 par. 2 e 55 TCE).

In realtà anche la qualificazione della direttiva Bolkestein come direttiva di armonizzazione trova già ampio supporto nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea³¹, atteso che nella sentenza del 30 gennaio 2018 sulle cause C-360/15 e C-31/16 (paragrafo 106) si legge: «al fine di attuare un autentico mercato interno dei servizi, l'approccio scelto dal legislatore dell'Unione nella direttiva Bolkestein si basa, come enunciato al suo considerando n. 7, su un quadro giuridico generale, formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato di integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, di una armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio». Inoltre proprio il chiaro tenore letterale del Considerando n. 7 della direttiva Bolkestein, ad avviso della Corte, comprova ulteriormente che la Bolkestein è una direttiva di armonizzazione, in quanto il legislatore dell'Unione, proprio muovendo dalla rilevante diversità delle situazioni esistenti all'interno dei vari Stati, ha ritenuto di pervenire alla piena integrazione delle differenti normative solo in via mediata.

5 Dubbi della giurisprudenza interna sulla compatibilità europea della disciplina nazionale.

Dopo aver analizzato ampiamente la giurisprudenza europea, conviene ora trattarsi per un attimo sull'atteggiamento che la giurisprudenza interna ha riservato alle norme appena indicate.

30 Concetto ribadito da una giurisprudenza assolutamente consolidata. Da ultimo dalla sentenza 4 dicembre 2018, causa C-378/17, Boyle e a. in ECLI:EU:C:2018:979, nella quale i giudici di Lussemburgo, ai punti 38 e 39, hanno riaffermato che «l'obbligo di disapplicare una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione incombe non solo sui giudici nazionali, ma anche su tutti gli organismi dello Stato, ivi comprese le autorità amministrative, incaricati di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze il diritto dell'Unione», e ciò in forza del primato del diritto dell'Unione.

31 Sentenze della Corte di Giustizia CE del 26 marzo 1987, causa C-45/86 *Commissione/Consiglio*, ECLI:EU:C:1987:163, punto 11, e del 29 aprile 2004, C-388/01, *Commissione/Consiglio*, ECLI:EU:C:2004:253, punti da 54-57.



Trattandosi di un fenomeno più volte analizzato dalla dottrina, sarà sufficiente un cenno ³². Iniziando dalla giurisprudenza costituzionale notiamo come la Consulta abbia nel tempo consolidato una posizione unitaria nel censurare le legislazioni territoriali tese a prevedere dei meccanismi di proroga delle concessioni demaniali marittime proprio perché in tal modo si è facilitato il consolidarsi di posizioni monopolistiche³³. Questo viene motivato principalmente dal presunto contrasto con gli obblighi europei in materia di libera concorrenza.

32 Per le considerazioni che seguiranno e le relative indicazioni di giurisprudenza, cfr. G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2010, p. 678 ss.; C. BENETAZZO, *Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza*, *ivi*, p. 1463 ss.; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-Tar*, 2009, p. 787 ss.; A. SALAMONE, *La concessione di beni demaniali marittimi*, Roma, 2013, p. 76 ss. Per una ricostruzione dei significati più profondi del percorso compiuto dalla giurisprudenza in materia, cfr. B. TONOLETTI, *op. cit.*, p. 351 ss., ed in part. p. 362 ss. per quel che attiene al c.d. diritto di insistenza.

33 Per una disamina delle proroghe disposte nelle leggi regionali di settore si veda M. D'ADAMO, *Rinnovi di concessioni demaniali marittime e concorrenza. Il punto sulla normativa nazionale e regionale, e sulla recente giurisprudenza costituzionale, amministrativa e contabile, alla luce dei principi comunitari*, in *lexitalia.it*, 1/2011.



Infatti l'incostituzionalità delle discipline regionali, dichiarata in relazione alle legislazioni emiliana³⁴ friulana³⁵, toscana³⁶, marchigiana³⁷, abruzzese³⁸ e veneta³⁹ ha rinvenuto il proprio fondamento sia nel comma primo dell'art. 117 Cost., ma anche, nel comma 2, lett. e), della medesima disposizione, che conferisce al legislatore statale la competenza esclusiva in materia di concorrenza⁴⁰. Ciò che si contestava nel merito era che la disciplina regionale

34 Sentenza Corte Cost. n. 180 del 2010 che ha censurato l'art. 1 della l. r. Emilia-Romagna n. 8 del 2009 nella parte in cui prevedeva la possibilità per i titolari di concessioni di richiedere una proroga operante in via automatica di durata nel massimo fino a venti anni. L'art. 1 della legge regionale romagnola 23 luglio 2009, n. 8, disponeva l'inserimento dell'art. 8 bis nella legge regionale 31 maggio 2002, n. 9 rubricata "Disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo e di zone di mare territoriale", il cui comma secondo prevedeva che "[i] titolari di concessioni demaniali marittime di cui al decreto legge 5 ottobre 1993, n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), convertito in legge 4 dicembre 1993, n. 494, potranno chiedere, entro il 31 dicembre 2009, la proroga della durata della concessione fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio, secondo quanto previsto dall'articolo 1, comma 253, della legge 296 del 2006 ed in conformità a quanto disposto dal presente articolo".

35 Sentenza Corte Cost. n. 233 del 2010, che ha dichiarato l'incostituzionalità, tra gli altri, dell'art. 36, comma 2, della l.r. Friuli-Venezia Giulia 30 luglio 2009, n. 13.

36 Sentenza Corte Cost n. 340 del 2010, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 16, comma 2, della l.r. Toscana, 23 dicembre 2009, n. 77. Sulla pronuncia si vedano le osservazioni di G. LO CONTE, *Rinnovo di concessione di beni demaniali e tutela della concorrenza: un matrimonio impossibile*, in *Gazzetta Amministrativa*, n. 2/2011, p. 32 ss.

37 Sentenza Corte Cost n. 213 del 2011, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4, comma 1, della l.r. Marche 11 febbraio 2010, n. 7.

38 Sentenza Corte Cost n. 171 del 2013 che del pari censura la disciplina regionale ligure (art. 1, l.r. n. 24/2012) anche sulla base del parametro costituito dal comma 2, lett. e), dell'art. 117 Cost.. Nella decisione si evidenzia come la Corte abbia reiteratamente precisato "in ipotesi del tutto analoghe" che «il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni viola l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, determinando altresì una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. Al contempo, la disciplina regionale impedisce l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, ponendo barriere all'ingresso, tali da alterare la concorrenza (sentenze n. 213 del 2011, nn. 340, 233 e 180 del 2010)".

39 Sentenza n. 213 del 2011, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5 della l.r. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13.

40 Per una riflessione generale sulle pronunce di incostituzionalità si vedano le osservazioni di A. GRECO, *Il legislatore interviene (ancora) in materia di demanio marittimo. Problemi di costituzionalità e "tenuta comunitaria" nel bilanciamento tra tutela dell'affidamento, libera concorrenza e parità di trattamento*, in *federalismi.it*, n. 14/2011, p. 7 s., che rileva che le decisioni "che conducono alle dichiarazioni di incostituzionalità seguono un percorso logico coincidente, che si snoda in due fasi essenziali [...]. In primo luogo, infatti, la Corte supera la formulazione letterale e sottolinea come, in sostanza, le regioni abbiano previsto un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, di fatto consentendo (rectius: continuando



interferisse con la competenza legislativa esclusiva dello Stato quale l'accesso da parte dei possibili beneficiari del titolo concessorio ai beni del demanio marittimo⁴¹. L'orientamento della giurisprudenza costituzionale non è stato tuttavia esente da critiche, avanzate in particolare da una dottrina che ha posto in evidenza come in realtà la Corte stessa abbia optato per un indirizzo ermeneutico uniforme pur in presenza di fattispecie tra loro eterogenee⁴².

Si è rilevato, difatti, come non tutte le discipline sottoposte al vaglio del giudice delle leggi prevedessero analoghi meccanismi di proroga poiché, mentre in taluni casi la dilazione temporale era disposta in via automatica, in altri era subordinata al riscontro da parte dell'amministrazione di certi requisiti ed in assenza talvolta di una preventiva delimitazione a livello di durata.

Per questo la Corte è sembrata non aver preso in adeguata considerazione il diverso bilanciamento di interessi confliggenti sotteso alle diverse ipotesi considerate, sì da far assurgere la tutela del principio di concorrenza ad un «super-interesse, capace di imporsi isolatamente, senza bilanciamenti, su qualsiasi altro interesse di rilievo costituzionale e di rilievo nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea».

Le censure mosse invece dal giudice amministrativo erano nel senso di garantire la libera competizione economica tra gli operatori del settore contestando innanzitutto la conciliabilità

a consentire anche a seguito della soppressione del diritto di insistenza) il rinnovo automatico della medesima. [...] L'affermazione del principio è poi sostenuta nella pars destruens sulle ragioni sottese al differimento del termine finale sino a 20 anni dal rilascio della concessione, collegato all'entità degli investimenti effettuati o effettuandi da parte del concessionario per la valorizzazione del bene e delle relative infrastrutture. L'argomento, per il giudice delle leggi, è infondato, in quanto diretto solo ed esclusivamente a dissimulare la proroga di una concessione scaduta».

41 Considerato in diritto, punto 8. Per la Corte «[q]uanto all'art. 1, valgono le considerazioni sopra indicate con riferimento all'art. 4, comma 1, della legge della Regione Marche n. 7 del 2010, avendo il legislatore regionale abruzzese previsto, anche in questo caso, la possibilità di estendere la durata delle concessioni demaniali in atto, con ciò attribuendo ai titolari delle stesse una proroga in violazione dei principi di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza. Quanto all'art. 2, esso applica l'estensione disciplinata dal precedente art. 1 alle concessioni il cui procedimento di rilascio sia in itinere al momento dell'approvazione della legge regionale. Per effetto del collegamento tra le due norme, è evidente che l'estensione prevista dall'art. 2 è subordinata all'entità degli investimenti, secondo quanto stabilito dall'art. 1, comma 253, della legge n. 296 del 2006, che ha introdotto l'art. 3, comma 4-bis, del d.l. n. 400 del 1993. Il fatto che l'art. 2 si riferisca a nuove concessioni e, quindi, non disponga alcuna proroga o modifica di quelle in corso, non esclude la sua illegittimità; ciò in quanto il rilascio delle concessioni demaniali marittime e, quindi, le regole che disciplinano l'accesso ai relativi beni da parte dei potenziali concessionari sono aspetti che rientrano nella materia della tutela della concorrenza, attribuita alla competenza esclusiva dello Stato, di cui l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 è espressione». Si fa presente che tutte le sentenze della Corte costituzionale citate costituiscono oggetto di un'approfondita analisi nel saggio di A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, cit., pp. 5-11.

42 Ci si riferisce ad A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, cit., p. 21.



delle proroghe con la normativa europea e in secondo luogo la necessità di procedure di gara che si esplichino in coerenza con i principi di non discriminazione⁴³. Si ritiene infatti che un simile impianto normativo a causa del ripetuto riconoscimento di una sorta di “esclusiva” nell’utilizzazione di beni demaniali entri in palese conflitto con il principio di parità di trattamento tra gli operatori economici.

Il punto di snodo fondamentale in sostanza è rappresentato dall’aver la giurisprudenza amministrativa limitato, sino praticamente ad annullarla, l’apparente discrezionalità lasciata all’amministrazione dall’art. 18 del regolamento di esecuzione del Codice della Navigazione⁴⁴, ove l’onere di pubblicazione della domanda sembrava legato a concessioni (solo) di particolare importanza.

Qui l’operato⁴⁵ dei giudici è arrivato sino al punto di invertire il rapporto tra regola ed eccezione. L’amministrazione in realtà sarebbe, di fatto, sempre tenuta ad effettuare la pubblicità⁴⁶, salvo ipotesi del tutto eccezionali e oramai relegate ai repertori della giurisprudenza⁴⁷.

Vi è inoltre l’affermazione che tale obbligo di pubblicazione non riguarda solo le nuove concessioni, ma pure i rinnovi delle concessioni già scadute o in scadenza. Il tutto, ovviamente, per consentire una pluralità di domande e quindi un confronto concorrenziale.

E così il c.d. diritto di insistenza contemplato dall’art. 37, comma 2, del Codice della Navigazione, è stato riletto dal giudice amministrativo dapprima condizionandolo ad una equipollenza effettiva tra le condizioni offerte dal precedente concessionario e quelle offerte da nuovi aspiranti, e in seguito affermando che la procedura di selezione dovrebbe essere liberata, per quanto possibile, da fattori di vantaggio che si possano rinvenire in capo al già concessionario in virtù della titolarità della concessione stessa. Tutto ciò è avvenuto con il costante richiamo ai principi del diritto dell’Unione Europea⁴⁸. Altrettanto interessante è l’ap-proccio del giudice amministrativo alla novella apportata dalla Legge n. 88/2001, che

43 Tar Lombardia-Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401, punti 11 e seguenti. Specifica il giudice amministrativo che «[n]e consegue che, rispetto alle concessioni di beni demaniali, cui si riferisce il caso in esame, è solo l’affidamento mediante procedure concorsuali che si realizza un’effettiva apertura di tali settori al mercato così da garantire il superamento di assetti monopolistici».

44 L’art. 18 del regolamento al 1 comma stabilisce che solo quando si tratti di concessioni di particolare importanza per entità o scopo debba essere pubblicato il bando sull’albo del Comune dove è situato il bene richiesto.

45 Parla di opera di decostruzione, G. GRUNER, *op. cit.*, p. 682.

46 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 6421; Cons. Stato, sez. VI, 1 luglio 2008, n. 3326; Cons. Stato, sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2010, 676 ss. con nota di G. GRUNER, *op. cit.*

47 G. GRUNER, *op. cit.*, p. 683.

48 Il caso più noto ove queste statuizioni sono state affermate risale a Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Urb. app.*, 2005, 333 con nota di R. CARANTA, *Beni pubblici e regola della gara*. Per l’esame



configurando un rinnovo automatico di sei anni in sei anni pareva voler dare origine a ben altro che ad un semplice diritto di preferenza.

A questo proposito da un canto un orientamento del Consiglio di Stato ha ridotto di molto l'area di incidenza di questa norma, sostenendo che essa poteva essere applicata solo per le concessioni rilasciate *ex novo*, successivamente all'entrata in vigore della medesima legge⁴⁹.

D'altro lato, a fronte di taluni precedenti⁵⁰, in altre pronunce si è arrivati esplicitamente a dire che anche la disposizione introdotta dalla Legge n. 88/2001 dovrebbe invece essere reimpostata in base al principio concorrenziale escludendosi di fatto così quella sottrazione del rinnovo al confronto competitivo che la norma contiene⁵¹. Intervenuta poi la procedura di infrazione è stato più facile per il giudice affermare che tale previsione comunque avrebbe dovuto restare disapplicata perché in contrasto con il diritto comunitario⁵².

Le pronunce dei giudici nazionali pertanto si sono mostrate complessivamente molto critiche rispetto all'impianto normativo predisposto dal legislatore italiano ritenuto sostanzialmente contrastante con il quadro normativo sovranazionale.

6 Recenti orientamenti del Governo italiano sulla non scarsità della risorsa.

In seguito a questi chiarimenti della Corte di Giustizia Europea, l'unica strada possibile per poter mantenere in auge la normativa in vigore è per l'Italia quella della "non scarsità della risorsa". Come ribadito anche da quest'ultima sentenza, infatti, la direttiva Bolkestein prevede di essere applicata solo in caso di scarsità della risorsa disponibile.

Secondo la Corte dunque dato il tenore letterale dell'art. 12 della direttiva Bolkestein, spetta al singolo Stato decidere la percentuale di spiagge libere e occupate in base al quale la risorsa può essere considerata scarsa o meno, secondo criteri molto liberi che possono essere stabiliti su base comunale o nazionale. Tale norma pertanto attribuisce allo Stato un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali.

Dunque proprio con la finalità di evidenziare la non scarsità della risorsa la Legge n. 118/2022 ha conferito delega al Governo per la mappatura dei regimi concessori di beni

di quella sentenza si veda soprattutto, B. TONOLETTI, *op. cit.*, p. 413 ss., nel contesto di una profonda ed accurata riflessione sull'impatto che l'impostazione comunitaria ha avuto sulla giurisprudenza interna in tema di beni pubblici e di concessioni demaniali marittime in particolare (*op. cit.*, p. 393 ss.).

49 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2006, n. 613; Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2009, n. 902; Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7547. *Contra* però, tra altre, Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3554.

50 Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 257.

51 Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5765; Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6477.

52 Cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, 23 novembre 2011, n. 833; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 525.

pubblici. In base a questo studio secondo il Sistema informativo demanio del Ministero delle infrastrutture, appena il 33% delle aree demaniali è occupato da concessioni⁵³. Dati in contrasto con quelli raccolti da ISPRA secondo cui è libero solo il 29 % del litorale fruibile e da Legambiente nel rapporto spiagge secondo cui il 42,8 % delle coste è occupato da concessioni. Percentuale che in alcune regioni sale all'80%.

Questa notevole discrepanza con i numeri forniti dalle Regioni, infatti, sembra sia dovuta ad un problema di definizione. A questo proposito il documento afferma che «appare necessaria la precisazione del concetto di “litorale fruibile” e “litorale concedibile”»: in sostanza, mancano ancora dei criteri unanimi con cui stabilire quali sono le spiagge assegnabili per nuove imprese e quali invece escludere dal calcolo in quanto aree naturalistiche protette, coste non balneabili, demanio militare, eccetera. Ma soprattutto, non si è ancora riusciti a individuare le statistiche sul demanio lacuale e fluviale, quantomeno dei tratti concessi e concedibili: sono infatti diversi gli stabilimenti balneari esistenti lungo laghi e fiumi, e altri potrebbero aggiungersene per aumentare la concorrenza. Il lavoro, insomma, non è ancora definitivo; ma ciò che è emerso finora lascia ben sperare i balneari a patto che gli intenti vengano convertiti presto in legge.

7 Cenni ad alcuni profili di critica ed alcune osservazioni conclusive.

Volendo trarre qualche riflessione conclusiva a margine del complesso delle questioni analizzate nel corpo del presente contributo, sembra ragionevole affermare che con la recente bocciatura della Corte di giustizia l'articolazione generale delle concessioni demaniali marittime e lacuali a scopo turistico-ricreativo debba ormai essere riconsiderata, al fine di predisporre un quadro coerente con i principi e le regole europee.

La sentenza in commento si inserisce in uno scenario normativo e giurisprudenziale, in cui l'incertezza e la confusione la fanno da padrona. Infatti, dal rinvio pregiudiziale disposto dal Tar Lecce al pronunciamento della Corte di Giustizia, la vicenda normativa delle concessioni demaniali, nel nostro ordinamento, è stata particolarmente intensa.

A soli tre mesi di distanza dal rinvio pregiudiziale disposto dal Tar Lecce, il legislatore italiano, messo anche alle strette dall'Adunanza plenaria con le ormai note sentenze n. 17 e n. 18 del 2021, ha adottato la Legge n. 118/2022 (Legge concorrenza) entrata in vigore il 27 agosto 2022, con la quale è stato individuato quale termine ultimo di validità delle concessioni vigenti il 31 dicembre 2023.

Sennonché, il sistema di riforma introdotto dalla Legge concorrenza, solo apparentemente improntato all'accelerazione, è stato parzialmente frenato dal successivo c.d. decreto Milleproroghe (d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, conv. in Legge n. 14/2023) che ha previsto un

⁵³ Relazione tecnica all'art. 100 decreto legge n. 104 del 2023.



generale differimento dei termini inizialmente previsti per l'attuazione della riforma delle concessioni demaniali in chiave concorrenziale, prorogando, di fatto, di un altro anno, le concessioni in essere che avrebbero dovuto cessare al 31 dicembre 2023⁵⁴. Lo stesso decreto legge ha previsto, all'art. 10-quater, co. 3, che le concessioni in essere continuino in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi titoli concessori, suscitando tuttavia la pronta reazione del Consiglio di Stato⁵⁵.

Se, da un lato, dunque il legislatore italiano, con il decreto Milleproroghe, ha voluto concedere maggiore tempo al Governo per dare attuazione alla riforma introdotta dalla Legge concorrenza, dall'altro, il Consiglio di Stato si è sempre contrapposto, in maniera netta, a qualsiasi proroga, anche a quella introdotta dalla legge di conversione del decreto Milleproroghe, ritenendola in contrasto con il diritto europeo.

Emblematica, in tal senso, è stata la sentenza n. 2192 del 1° marzo 2023, con la quale, a distanza di pochi giorni dalla conversione del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 (c.d. Milleproroghe), il Consiglio di Stato, pronunciandosi su un ricorso proposto dall'Autorità Garante della Concorrenza (AGCM) avverso una delibera di giunta comunale che aveva disposto l'estensione delle concessioni demaniali marittime fino al 2033 in base a quanto stabilito dalla Legge n. 145/2018, ha espressamente statuito che: «sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze n. 17 e n. 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della Legge n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-quater, comma 3, del d.l. 29/12/2022, n. 198, conv. in Legge n. 14/2023, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva Bolkestein, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato». La sentenza del 1° marzo 2023, che ha generato grande scalpore, non è però stata l'unica, in tema di concessioni demaniali, ad esser stata pubblicata, dopo la conversione in legge del decreto Milleproroghe.

Con la sentenza n. 2740 del 15 marzo 2023, la sezione settima del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sul rigetto di un'istanza di rinnovo di una concessione, ha nuovamente ribadito che alle concessioni demaniali si applica l'art. 12 della direttiva Bolkestein.

La Corte di Cassazione tuttavia a dicembre 2023 ha annullato la sentenza del Consiglio di Stato che aveva bocciato la proroga al 2033 sancita dalla Legge n. 145/2018⁵⁶. La suprema Corte

54 In base all'art. 12, c. 6- sexies.

55 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192, che ha rilevato l'illegittimità di tale proroga e il conseguente obbligo di disapplicarla.

56 Una proposta innovativa per riformare le concessioni demaniali marittime, escludendo gli stabilimenti balneari dalla direttiva europea Bolkestein con argomenti inediti è l'ambiziosa iniziativa del senatore Gian Marco Centinaio (Lega), autore dell'emendamento alla legge 145/2018 che ha esteso



non è entrata nel merito della legittimità delle proroghe ma ha accolto il ricorso dell'associazione Sib-Confcommercio (Sindacato italiano balneatori) e della Regione Abruzzo, escluse dal Consiglio di Stato, che dunque ha commesso un «eccesso di giurisdizione». E al quale la Cassazione ha rinviato il tutto per una nuova sentenza, riammettendo le parti ingiustamente escluse.

Il Consiglio di Stato dunque ora si dovrà pronunciare di nuovo, e dovrà rivalutare la sua precedente posizione soprattutto alla luce del mutato assetto normativo nazionale sul tema. Bisogna non di meno considerare inoltre che il blocco delle proroghe alle concessioni da parte del Consiglio di Stato aveva generato incertezze e preoccupazioni per l'intero settore.

Il risultato in sostanza è che il pronunciamento “congela” l'obbligo per i Comuni di lanciare le gare per il rinnovo delle concessioni entro il 31 dicembre 2023. A questo punto regna il caos al momento infatti torna il vigore la Legge n. 18/2022, che prolunga al 31 dicembre 2024 l'efficacia delle concessioni in essere rimandando in sostanza di un anno il problema.

L'Unione ha intanto avviato un'ennesima procedura di infrazione contro l'Italia per il mancato rispetto della direttiva Bolkestein. Secondo l'Europa infatti, il decreto Milleproroghe approvato dal Governo italiano introduce il rinvio di un anno delle gare e rappresenta quindi un rinnovo automatico delle concessioni esistenti ai medesimi titolari, il tutto in continuo palese contrasto col diritto europeo.

Nel frattempo per aggirare questo limbo normativo le Regioni si orientano ognuna a modo suo, ad esempio un bel numero di balneari veneti, (60 sui 150 di Chioggia), hanno aderito alla legge regionale che consente di andare a gara per ottenere un rinnovo della concessione tra 6 e 20 anni, a seconda degli investimenti intrapresi. Questo però rappresenta per loro un rischio in quanto alle gare possono partecipare anche altri concorrenti. Invece i Comuni di Lecce e Brindisi sono i primi in Puglia ad avere ufficialmente prorogato di 1 anno le concessioni demaniali marittime.

Ogni Comune dunque in assenza di un provvedimento nazionale fa di testa sua. Pertanto nel quadro di assoluta confusione che si è creato ci sono Comuni che hanno prorogato le concessioni al 31 dicembre 2024 senza prevedere bandi di alcun tipo e altri che lo hanno fatto predisponendo bandi pubblici per concedere almeno i tratti di costa attualmente liberi.

la validità delle concessioni balneari fino al 2033. Il documento contiene un approccio inedito per dimostrare che gli attuali stabilimenti non devono andare a gara: la tesi si basa principalmente sul fatto che la mancata classificazione sistematica delle direttive ha provocato l'errore di applicarle al di fuori del loro campo di pertinenza, e che se si procedesse a una classificazione, emergerebbe che le norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea alle quali occorrerebbe far riferimento per disciplinare le concessioni balneari non sono né quelle in materia di servizi né quelle in materia di libertà di stabilimento, bensì l'articolo 352 del TFUE.



Tuttavia i tempi richiesti dal Governo italiano all'UE per varare la riforma delle concessioni balneari sono inadatti ed eccessivi rispetto all'urgenza della questione. Sulle spiagge italiane è infatti già in corso una tempesta di diffide, ricorsi e contenziosi che potrebbe generare svariati problemi alle imprese del settore e all'indotto che vi ruota attorno. Questo creerà anche il rischio di sequestri giudiziari e conseguenti chiusure di alcuni stabilimenti balneari per la prossima stagione.

L'unica via d'uscita dalla morsa dell'Europa pertanto sembrerebbe quella ingegnata dal Governo italiano di utilizzare la strada della non scarsità della risorsa al fine di uscire dall'ambito di applicazione della Bolkstein.

Non resta che auspicare dunque che venga predisposto in tempi rapidi un intervento sull'intera materia, al fine di rimuovere un'incertezza normativa non più sostenibile per le moltissime imprese del settore balneare.

Un allineamento pressoché compatto del giudice amministrativo, costituzionale ed europeo, difatti, non lascia ormai più margini di tempo al legislatore nazionale che, non potendo più percorrere la strada – già da troppo tempo esplorata – del ricorso allo strumento della proroga, è chiamato con forza ad approntare una riforma del sistema aperta alla libera competizione economica ma, al contempo, attenta alla salvaguardia delle posizioni degli operatori economici già in possesso di titoli concessori.

LA RESPONSABILITÀ PENALE NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA DI CARATTERE DIAGNOSTICO E TERAPEUTICO NEL SISTEMA SPAGNOLO

Notes on criminal liability in the exercise of medical-surgical activities of a diagnostic and therapeutic nature in the Spanish system

Andrea De Lia *

Abstract [ITA]: il contributo affronta il tema della responsabilità penale relativa all'attività medica, in sede diagnostica e terapeutica, nel sistema spagnolo, attraverso una costante comparazione con quello italiano. Ci si soffermerà, allora, su temi centrali, quali la ricostruzione del nesso causale e la definizione della colpa, anche in ambito plurisoggettivo, attraverso la disamina degli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina, ponendo sotto il faro talune criticità correlate ad alcune scelte operate dal legislatore. L'obiettivo verrà, inoltre, rivolto alla delicata questione della rilevanza penale del trattamento medico c.d. "arbitrario".

Parole chiave: errore medico - materia penale - responsabilità

Abstract [ENG]: *the paper focuses on the issue of criminal liability in the medical sector, for adverse events occurring to the patient, in the Spanish system, through a constant comparison with the Italian. Having placed the critical issues of some choices made by the legislator under the spotlight, we will focus on central themes, such as the reconstruction of the causal link and the definition of negligence even in a multi-subjective context. Particular attention will also be dedicated to the delicate question of the relevance of the so-called medical treatment. "arbitrary".*

Key words: *medical malpractice - criminal matters - liability*

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Una breve ricostruzione storica dell'assistenza sanitaria in Spagna. - 3. Il nesso causale tra condotta colposa ed evento lesivo a carico del paziente nel contesto dell'attività diagnostica e terapeutica. L'accoglimento, dottrinale e giurisprudenziale, della teoria dell'imputazione oggettiva. - 4. *Segue.* L'imputazione obiettiva e l'autoesposizione a pericolo da parte del paziente. - 5. La colpa. - 6. La penalizzazione della mera messa in



pericolo della salute del paziente. - 7. La questione della rilevanza penale del trattamento sanitario arbitrario. - 8. Conclusioni. “Più civile che penale”. La riduzione dell’intervento penale nel settore sanitario è davvero la soluzione migliore per limitare il fenomeno della medicina difensiva e per garantire l’innalzamento dei livelli di sicurezza e di qualità delle cure?

1. Premesse.

La dottrina spagnola, da tempo, ha segnalato le notevoli peculiarità della responsabilità medico-chirurgica nel contesto, più generale, dell’illecito penale a carattere colposo¹. Sul punto, si è osservato, infatti, che «la medicina dei nostri giorni, tecnicizzata e complessa, ha condotto ad un nuovo modello di medico: il medico “intuitivo”, abile, individualista, è andato cedendo il passo al tecnico, all’esperto, che si integra negli ingranaggi della struttura sanitaria - principalmente ospedaliera - e che è capace di analizzare e valorizzare una serie di dati talvolta molto preziosi e complessi relativi al paziente, che richiedono strumenti molto sofisticati e imprescindibili, cui deve far ricorso»².

In tale settore, in cui si è progressivamente sviluppata la specializzazione, predomina ormai il lavoro in *équipe*, così come la distribuzione e la delega di funzioni, anche nei confronti dei tecnici sanitari, che si occupano dell’utilizzo degli strumenti necessari a fini diagnostici e terapeutici; il che, nell’aumentare l’efficacia della diagnosi e delle cure, implementa, altresì, le situazioni di rischio per la salute del paziente³.

Il «significativo aumento delle azioni nei confronti dei professionisti sanitari⁴, potrebbe far pensare *inoltre* ad una diminuzione della qualità dei servizi e far intuire la formazione di un clima di sfiducia e tensione nella relazione tra professionisti e pazienti», laddove, invece, una

1 * Avvocato cassazionista, Professore a contratto di Diritto penale presso l’Università “Statale” di Milano. Abilitato alle funzioni di Professore di seconda fascia nel settore IUS/17.

Vd. D. ARIAS MADRIGAL, *La responsabilidad penal en el ámbito médico sanitario: algunas consideraciones generales*, in *Rev. As. Esp. Cienc. Pen.*, 1999, 1, 81 ss; J. GALÁN CÁCERES, *Medicina y responsabilidad legal. Medicina y derecho, dos mundos en convergencia*, Badajoz, 2014, 192.

2 C.M.R. Casabona, *La evolución de la medicina como actividad más eficaz. Pero también fuente de riesgos mayores*, in *Rev. Jur. Cast. Leon*, 2007, 215 ss. In precedenza, in senso analogo, Id., *El médico ante el derecho*, Madrid, 1985, 5; su questo argomento vd., altresì, J.M. Martínez-Pereda Rodríguez, *La imprudencia punible en la profesión sanitaria según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1985, 7.

3 Sulla peculiarità del rapporto tra medicina e diritto penale vd. anche E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, Valencia, 2001; M.C. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2008. Sulle crescenti capacità risolutive della scienza medica, ma anche sui maggiori rischi correlati, vd. nella dottrina tedesca, le pionieristiche osservazioni di G. STRATENWERTH, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in *AA.VV., Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1971, 392 ss. Tra gli studiosi italiani, vd. F. INTRONA, *L’epidemiologia del contenzioso per responsabilità medica in Italia e all’estero*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, 71 ss.

4 Come si preciserà da qui a breve, tuttavia, tale rilievo risulta attualmente corretto solo in relazione al contenzioso civile che si registra in Spagna.



delle cause del fenomeno è rappresentata dalle più ampie aspettative rispetto al buon esito dell'intervento medico-chirurgico, non sempre fondate su una corretta percezione dei (seppur continui e straordinari) progressi in suddetto campo⁵.

Ciò in un contesto, quale quello disegnato dal legislatore spagnolo attraverso il codice del 1995, in cui, come si preciserà da qui a breve, in effetti, la responsabilità per colpa è prevista come "eccezionale" (come desumibile, oltre che dalla esclusione della rilevanza di forma di colpa particolarmente tenue, dall'art. 12 c.p., per il quale «le azioni o omissioni colpose saranno punibili solo se espressamente previsto dalla legge»)⁶, sebbene, a contralto, *tanto* il delitto di omicidio *quanto* quello di lesioni colpose prevedano un'aggravante relativa al fatto commesso nell'esercizio dell'attività professionale⁷.

Si è al cospetto, allora, di rimarchevoli peculiarità rispetto al sistema nostrano che, come risaputo, dopo l'esperimento attuato con il c.d. "decreto Balduzzi" (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modifiche dalla l. 8 novembre 2012, n. 189), mediante l'esclusione della responsabilità penale del personale sanitario per l'ipotesi di colpa lieve, con la c.d. "legge Gelli-Bianco" (l. 8 marzo 2017, n. 24) ha fatto registrare, sul punto, un passo indietro da parte del legislatore⁸.

Al fine di fornire degli spunti di riflessione in ordine all'opportunità delle scelte compiute dal Parlamento italiano, anche in prospettiva *de lege ferenda* (atteso che alcuni studiosi della materia continuano a sostenere la necessità di ulteriori interventi correttivi, volti alla depenalizzazione di condotte connotate da forme di colpa particolarmente tenue, al fine di contrastare più efficacemente il fenomeno della c.d. "medicina difensiva")⁹, in questa sede, dunque, ci si soffermerà sulle caratteristiche e sulle criticità dell'ordinamento spagnolo.

5 C.M.R. CASABONA, *La evolución de la medicina como actividad más eficaz Pero también fuente de riesgos mayores*, op. cit. In questo senso anche A. ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. Med. Leg.*, 2012, 1125 ss.

6 Il codice previgente (del 1944), invece, seguendo la linea delle precedenti codificazioni spagnole, attraverso clausole di contenuto generale, prevedeva un sistema aperto, che consentiva (potenzialmente) l'estensione del tipo doloso all'ipotesi colposa. Sul punto vd. J. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, in *DS*, 1996, 141 ss.

7 Sull'afflittività della misura interdittiva prevista dalla disposizione sopra richiamata vd. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, 1999, 22 ss; P. GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, 2013, 370 ss; J. DE VICENTE REMESAL, *Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica*, in *Rev. Pen.*, 2017, 50 ss.

8 M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2017, 345 ss; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, 5 giugno 2017, in www.laegislazionepenale.eu.

9 Ad esempio, R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, 1466 ss; A. PROVERA, *Omnis definitio in iure. La responsabilità medica e la problematica distinzione tra i tipo di colpa generica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2019, 1355 ss; A. SESSA, *Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale "inedito" tra nomofilachia delle norme e utopia dinamica*, in *Cass. Pen.*, 2021, 743 ss; C. CUPELLI, *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari*, 20 giugno 2022, in www.sistemapenale.it. *Contra*,



La disamina verrà, però, preceduta da una veloce panoramica sull'evoluzione del sistema sanitario ispanico, che condurrà all'esposizione di dati fruibili per l'analisi complessiva che verrà sviluppata nel presente contributo.

2. Una breve ricostruzione storica dell'assistenza sanitaria in Spagna.

L'assetto attuale del sistema sanitario spagnolo ("*Sistema Nacional de Salud*", in sigla "SNS") è il frutto di una lunga evoluzione, che trova origine nella metà del XIII secolo, allorquando il re Alfonso X di Castilla, detto "il saggio", promulgò il *Fuero Real* (una raccolta di consuetudini, cui vennero apportate modifiche tratte dal diritto romano e da quello canonico). In esso si prevede la figura del "fisico", ovvero del medico, che veniva accreditato dalle comunità locali e che, successivamente, passò anche a libro paga delle corporazioni¹⁰.

In questo periodo, caratterizzato dalle operazioni belliche di *Reconquista*, vissero studiosi che raggiunsero una grande fama, come ad esempio Arnaldo de Villanueva, che operarono una sintesi del sapere, teorico e pratico, della tradizione europea-occidentale, araba ed ebraica¹¹. Nel XIV secolo, allorquando vissero medici celebri come Alfonso di Valladolid (ebreo convertito al cristianesimo), un processo di istituzionalizzazione del sistema sanitario venne poi attuato anche dalla Corona d'Aragona, che considerò la tutela della salute pubblica una questione imprescindibile per il buon funzionamento della società¹².

Nell'epoca dei c.d. "re cattolici", Isabella I di Castilla e Ferdinando II d'Aragona (dal 1474 al 1516), la medicina spagnola attraversò una fase di splendore, atteso che: a) venne puntualmente regolamentata la formazione nonché l'esercizio delle professioni sanitarie, subordinato ad un'autorizzazione rilasciata dal *Tribunal de Protomedicato*; b) il sapere medico venne notevolmente implementato, attraverso l'istituzione di numerose cattedre di medicina presso le università, il cui insegnamento si fondava, soprattutto, sui testi di Galeno, Avicenna ed Ippocrate; c) vi fu un consistente intervento pubblico nella lotta contro le malattie e le infermità.

In quel periodo storico, alla figura del medico se ne affiancavano altre e, in particolare, quella dei *cirujanos* (chirurghi, considerati *illo tempore* di rango inferiore ai medici e che, pur in

O. DI GIOVINE, *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2018, 837 ss; L. CARRARO, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, 19 febbraio 2021, in www.archiviopenale.it. Sulla scarsa capacità selettiva dei criteri fondati sul grado della colpa vd. anche C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivedere nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 1431 ss; A. ABUKAR HAYO, *La presunzione di non colpevolezza di cui alla legge Gelli-Bianco non può essere assoluta*, in *Cass. Pen.*, 2020, 2546 ss.

10 Sulla storia e le origini della medicina spagnola e dell'organizzazione dei servizi sanitari è fondamentale ricordare la monumentale opera *Historia bibliográfica de la medicina española*, del medico e storico Antonio Hernández Morejón, pubblicata in forma postuma, in sette volumi, per un totale di circa 3.000 pagine, tra l'anno 1842 ed il 1852.

11 M.T. RUSSO, *El médico-filosofo en la tradición de la medicina humanística española: de los terapeutas judíos y árabes hasta el humanismo médico de la Edad moderna*, 11 febbraio 2015, in www.cvc.cervantes.es.

12 C. FERRAGUD DOMINGO, *Los officios relacionados con la medicina durante la baja Edad Media en la Corona de Aragón y su proyección social*, in *An. Est. Med.*, 2007, 107 ss.



possesso di abilità pratiche, erano sprovvisti di formazione accademica), i *barberos-sangradores* (che si occupavano di interventi terapeutici meno invasivi rispetto a quelli affidati ai chirurghi, nonché della diffusa pratica del salasso), i *boticarios* (farmacisti/erboristi). Accanto a queste, peraltro, vi erano figure “minori”, non riconosciute dalla legge, ovverosia *matronas* (ostetriche), *hechiceros* (maghi) ed *ensalmadores* (guaritori)¹³.

Si deve notare che in quella fase, anche per via dell’influenza della Chiesa cattolica nella gestione e nel finanziamento delle università, l’*ars medica* risultò particolarmente condizionata dalla religione, con conseguente diffusione di una visione “sacrale” della malattia, che si andò ad affiancare, dunque, a quella pagana e superstiziosa¹⁴.

La normativa, che prevedeva il divieto per gli ebrei di esercitare le professioni sanitarie, non venne costantemente applicata e, infatti, delle prestazioni rese da questi soggetti in favore dell’aristocrazia e delle *élite* ecclesiastiche vi è ampia traccia negli archivi, dai quali emerge (a seguito dell’adozione del decreto dell’Alhambra) anche il ruolo di numerosi medici ebrei convertiti al cristianesimo, come il celebre Alonso Chirino¹⁵. Forte, inoltre, si rivelò l’influsso della scienza medica araba, atteso che, come risaputo, dall’VIII secolo fino al 1492 (data nella quale cadde il Sultanato di Granada) i Mori avevano occupato la penisola iberica¹⁶.

In ogni caso, le prestazioni medico-chirurgiche, nel XV e nel XVI secolo, al di là di alcune (inefficienti) strutture nosocomiali pubbliche fruibili dagli indigenti, erano pressoché esclusivamente appannaggio delle classi abbienti, tanto da determinare la diffusione, per l’appunto, di una medicina popolare e superstiziosa, fruibile dai malati appartenenti alle fasce sociali più basse¹⁷. Ciò nonostante, in questo periodo si registrò, come accennato, un maggior intervento pubblico nel sistema sanitario, anche attraverso l’istituzione di nuove strutture per gli infermi, come ad esempio gli *Hospitales Reales* di Santiago de Compostela e di Granada¹⁸.

Nello stesso periodo, la diffusione di peste, tifo e sifilide solleccitarono gli studi epidemiologici e, soprattutto, spinsero le Autorità pubbliche all’adozione di una regolamentazione finalizzata alla prevenzione¹⁹. Se, poi, almeno secondo la linea storico-ricostruttiva dominante, alcune patologie infettive e, in particolare, la sifilide si diffusero in Spagna (e, a seguire, nel vecchio continente) in occasione dei contatti con il Nuovo Mondo, vi

13 Su questo periodo storico vd. L.S. GRANJEL, *La medicina española en la época de los Reyes católicos*, in *Medicina & Historia*, 1971, 1 ss.

14 L. GARCÍA BALLESTER, *Historia social de la medicina en la España de los siglos XIII al XVI*, I, Madrid, 1976.

15 A. GONZÁLEZ PALENCIA, *Alonso Chirino: médico de Juan II y padre de Mosén Diego de Valera*, in *Boletín de la biblioteca Menéndez y Pelayo*, 1924, 11, 1.

16 A. VANOLI, *La Spagna delle tre culture: ebrei, cristiani e mussulmani*, Roma, 2015.

17 M. KERKHOF, *Sobre medicina y magia en la España de los siglos XII-XV*, in *Cuad. MEMYR*, 2020, 8, 177 ss.

18 Nei primi secoli del Medioevo gli ospedali svolgevano contemporaneamente più funzioni: cura dei malati; asili temporanei per i poveri; alloggio per viandanti e pellegrini privi di mezzi. La maggior parte di tali istituti erano ecclesiastici, sebbene esistessero anche fondazioni reali e nobiliari. Nei secoli XIV e XV, invece, acquisirono importanza le strutture erette da corporazioni e confraternite. Ciò che più risalta nella caratterizzazione degli ospedali, con il progredire del Medioevo, è la loro specializzazione, tanto che sorsero centri per malattie specifiche, come la peste o la lebbra, nonché per gli infermi di mente.

19 J. HERNÁNDEZ HORTIGÜELA, *Médicos, medicina, enfermedad y remedios para los españoles en la época de los descubrimientos (Siglos XV-XVII)*, Madrid, 2010.



è pure da segnalare che la scienza medica spagnola, nel XVI secolo, si arricchì notevolmente proprio attraverso il confronto con quella indigena²⁰.

La medicina divenne una delle tre grandi specializzazioni universitarie del '500, insieme alla teologia e a giurisprudenza. I Re Carlo V e Filippo II promossero, inoltre, lo studio anatomico, permettendo la dissezione dei cadaveri (pratica che era stata perseguitata dall'Inquisizione) attraverso cui si giunse al traguardo di una più approfondita conoscenza del corpo umano, che venne rapidamente esportata in America, presso le colonie spagnole (risale al 1524 la fondazione dell'importante ospedale *Jesús de México*)²¹.

Umanesimo e Rinascimento, professando l'abbandono della visione sacrale del mondo, segnarono, anche in Spagna, una vera e propria rivoluzione dell'*ars medica*, che venne fortemente condizionata dalla filosofia meccanicista e dall'empirismo²². La differenza tra la figura e le funzioni del medico e del chirurgo finì, dunque, giocoforza, per assottigliarsi²³.

A partire dalla metà del XVI secolo la medicina spagnola cominciò a fornire, allora, un contributo originale al sapere europeo; in particolare, di grande importanza si rivelò la scuola medica di Valencia, cui appartennero studiosi come Miguel Jerónimo Ledesma (che svolse anche una commendevole attività di traduzione di testi medici dell'antichità), Miguel Juan Pascual (che condusse importanti studi sulle epidemie e che ebbe contatti con la scuola di Montpellier) e Pedro Jaime Esteva (medico, anatomista e botanico)²⁴.

Accanto a questi personaggi si deve, inoltre, rammentare il medico segoviano Andrés Laguna (che, oltre alla diversificata produzione medica originale, realizzò la prima versione spagnola, arricchita con importanti commenti, di un vasto numero di opere mediche dell'antichità) e Damián Carbón (autore del primo trattato di ostetricia e pediatria stampato in Spagna, nell'anno 1541), Juan Valverde, autore di *Historia de la composición del cuerpo humano* (1556), Francisco Vallés, riconosciuto come il miglior medico spagnolo del rinascimento, nonché Gómez Pereira, sostenitore dell'empirismo in medicina, in chiara opposizione con la visione di tale scienza diffusa in epoca medioevale²⁵.

Per quanto concerne l'organizzazione sanitaria, il processo di laicizzazione delle strutture, principiato nel XV secolo (allorquando, specie nelle città, i Comuni, le élite e le corporazioni cominciarono a istituire strutture dedicate alla cura dei malati, oltre che dei poveri), ebbe un certo sviluppo, sebbene gli ospedali rimasero, in ogni caso, ricovero per le classi sociali più

20 S.A. MICHELI, *Médicos y medicina en la nueva España del siglo XVI*, in *Gaceta médica de México*, 2001, 257 ss; V. RAMÍREZ ORTEGA, *Cirujanos, barberos y sangradores en la Nueva España del siglo XVI*, in *Rev. Hist. Ciencias y Hum.*, 2017, 141 ss.

21 G. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, *La medicina en la Nueva España, siglos XVI y XVII*, Ciudad de México, 2014.

22 P. LAÍN ENTRALGO, *Historia de la medicina*, Barcelona, 1978, 245 ss.

23 J.L. FRESQUET FEBRER, *La práctica médica en los textos quirúrgicos españoles en el siglo XVI*, in *Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus.*, 2002, 22, 251-277.

24 AA.VV., *La Universitat de València i l'humanisme*, Valencia, 2003.

25 B.M. GUTIÉRREZ RODILLA, *La medicina, sus textos y sus lenguas en la España de Cervantes*, in *Panacea*, 2005, 299 ss.

basse, mentre quelle agiate fruivano di trattamenti domiciliari, o in alcuni, pochi nosocomi, con il pagamento delle prestazioni ricevute²⁶.

La diffusione di una nuova ondata di peste, che falciò la penisola iberica verso la fine del XVI secolo, sospinse, in Spagna così come in altri paesi europei, l'adozione di importanti misure di igiene collettiva, che si legarono a provvedimenti finalizzati al controllo sociale derivante dalla crisi economica che si verificò nelle campagne²⁷.

Anche in Spagna, dunque, la tutela della salute degli individui appartenenti alle classi sociali più povere, su cui si soffermò l'opera del valenciano Luis Vives (*De subventione pauperum*)²⁸, si legò alla necessità di garantire la tranquillità pubblica, messa a rischio dai fenomeni migratori verso le grandi città e dalla diffusione dell'accattonaggio, correlato alla delinquenza²⁹.

Volgendo ora l'obiettivo al '600, si può rilevare che l'attività medica continuò ad essere esercitata dalle figure sopra richiamate, atteso che, specie nelle campagne, la popolazione si avvaleva di soggetti dotati di abilità tecnico-manuali sprovvisti di formazione universitaria, nonché di maghi e guaritori. Nel contempo, nacquero nuove figure professionali accreditate, quale quella degli *algebristas*, ovvero soggetti specializzati nel trattamento delle fratture ossee, che dovevano essere autorizzati all'esercizio dell'attività dal *Tribunal del Protomedicato*³⁰.

In questo periodo, inoltre, i medici appartenenti alle minoranze islamiche e gli ebrei, convertiti al cristianesimo (i c.d. "nuovi cristiani"), subirono delle forti discriminazioni, con l'esclusione dall'esercizio delle attività professionali, per via della carenza del requisito della "limpieza de sangre"³¹. Si tratta di una linea già tracciata nel corso del regno di Filippo II che, fervente cattolico e campione della Controriforma, perseguì fino alla morte (1598) *marranos* e *moriscos*, ovvero ebrei e mussulmani convertiti al cattolicesimo e, ancor più a monte, essa fu il frutto di alcune ideologie diffuse a partire dal XIV secolo, correlate alla *Reconquista*³². Il che determinò la migrazione in Europa di molti individui appartenenti alle suddette minoranze etnico-religiose, con conseguente impoverimento culturale ed economico della penisola³³.

Tra le figure professionali più celebri, operanti in questo periodo, si può rammentare il medico Diego Mateo Zapata Mercado, figlio di ebrei convertiti al cristianesimo, che visse a

26 J. SEGURA DEL POZO, *Salud, Sanidad y Cuidados en la Europa del siglo XVI*, 14 agosto 2022, in www.saludpublicayotrasdudas.wordpress.com.

27 J.M. LÓPEZ PIÑERO, *Los orígenes de los estudios sobre la salud pública en la España renacentista*, in *Revista Española de Salud Pública*, 2006, 5, 1 ss.

28 L.V.S. FABIANI, *La cultura científica y técnica en la España de los siglos XVI y XVII*, in *Bulletin Hispanique*, 1995, 233 ss.

29 M. CAVILLAC, *La reforma de la beneficencia en la España del siglo XVI: la obra de Miguel de Giginta*, in *Estudios de Historia Social*, 1975, 10-11, 7-59.

30 In argomento vd. M.S. CAMPOS DÍEZ, *El Real Tribunal del Protomedicato castellano*, Cuenca, 1999.

31 L.S. GRANJEL, *El ejercicio de la medicina en la sociedad española del siglo XVII*, Salamanca, 1971, 16. ss; LG. BALLESTER, *Los Moriscos y la Medicina. Un capítulo de la medicina y la medicina marginadas en la España del siglo XVI*, Barcelona, 1984.

32 B. BENASSAR, *Storia dell'Inquisizione spagnola*, Milano, 2013, *passim*.

33 A. VANOLI, *La Spagna delle tre culture: ebrei, cristiani e mussulmani*, op. cit.



cavallo tra XVI e XVII secolo, il quale intervenne nei più importanti dibattiti relativi alla scienza medica dell'epoca, ma che fu anche sommo pratico, esponendo, tuttavia, tesi talmente innovative da attrarre l'attenzione dell'Inquisizione spagnola³⁴, attese le persistenti interferenze della Chiesa cattolica nell'approccio concettuale all'infermità³⁵.

In ogni caso, l'Impero spagnolo, in questa epoca, ampliò la propria rete universitaria ed ospedaliera; venne introdotta la figura professionale dell'infermiera e ulteriori sviluppi dell'anatomia consentirono l'evoluzione della chirurgia; le terapie divennero maggiormente efficaci attraverso l'introduzione di nuovi farmaci, confezionati con sostanze curative provenienti dalle colonie americane, ove studiarono ed operarono medici rinomati, come Agustín Farfán, frate agostiniano³⁶.

Nel '600, la medicina poté progredire ulteriormente, dunque, attraverso un più approfondito studio del corpo umano e della funzionalità degli organi, nonché con la valorizzazione dell'osservazione clinica del paziente, nella prospettiva di una visione meccanicista dell'organismo, frutto della diffusione della filosofia cartesiana, che influenzò anche l'approccio allo studio della scienza medica nelle università, che si arricchì attraverso la pratica. Sicché, si assottigliò ulteriormente la differenza tra *médicos* e *cirujanos*, i quali assunsero maggior prestigio e visibilità anche in ragione del loro lavoro al seguito degli eserciti, durante le numerose campagne militari spagnole.

Vi è da considerare, però, che il XVII, che si chiuse con il regno di Carlo II, rappresentò per la Spagna un periodo di declino economico, dovuto ad una molteplicità di fattori, tra cui le continue guerre e la scarsità del sistema produttivo, che non venne controbilanciato neppure dalla precedente acquisizione (1581) del Portogallo e delle sue Colonie (tra cui il Brasile)³⁷. Tale parabola discendente si concretizzò in un impoverimento diffuso, nonché in numerose carestie ed epidemie, che produssero anche un sensibile calo demografico.

Nel '700 il sistema sanitario continuò ad essere imperniato sulle figure del medico, del chirurgo e del barbiere, in un contesto di persistente arretratezza della scienza medica, tanto è vero che in quell'epoca era invalso il convincimento che l'operato di siffatti professionisti contribuisse maggiormente «ad uccidere, piuttosto che a curare, i pazienti»³⁸.

Nel XVIII secolo, in ogni caso, prese largo la pratica delle consultazioni di esperti, secondo la quale il medico curante richiedeva un parere a professionisti particolarmente rinomati o, comunque, specializzati in settori diversi da quello di colui che si occupava in prima persona del malato³⁹.

34 J.B. VILAR, *El Dr. Diego Mateo Zapata (1664-1745): Medicina y Judaísmo*, Barcelona, 1970.

35 G. GOMEZ GARCIA, *Sanar cuerpos y guardar almas. El humanismo médico en España y América en el siglo XVI*, Madrid, 2022.

36 Sul tema vd. AA.VV., *El mestizaje cultural y la medicina novohispana del siglo XVI*, Valencia, 1995.

37 M. RICCARDI, *Viaggio nella Spagna del XVI-XVII secolo. La relazione diplomatica di Francesco Soranzo*, Milano, 2018.

38 I. AGUILÁ SOLANA, *Consideraciones sobre la medicina en la España del siglo XVIII según algunos viajeros franceses*, in *L'ull crític*, 2007, 31 ss.

39 P. LEÓN SANZ, *Las consultas médicas en la España del siglo XVIII: razones de su existencia*, in *Ascl.*, 2002, 2, 61 ss.



Carlo III di Borbone, assai influenzato dall'illuminismo francese, inoltre, promosse la diffusione della cultura e delle scienze, anche in campo medico, facendo istituire alcune Scuole di medicina; in questo secolo nacquero la *Regia Sociedad de Medicina y demás Ciencias de Sevilla* (1700) nonché l'*Academia Médica* di Madrid (1733), seguite da altre importanti ed influenti istituzioni, create in alcune delle principali città della Spagna⁴⁰.

In tale periodo, l'insegnamento universitario rimase prevalentemente di natura teorica, sebbene fosse imposto un periodo di *practicantado*⁴¹; la professione medica e quella chirurgica continuarono ad essere formalmente distinte, fino al 1827. La convinzione che un Paese maggiormente popolato potesse più facilmente raggiungere un equilibrio economico e implementare il proprio potere politico, anche a livello internazionale, sospinse l'elaborazione di strategie per migliorare la salute collettiva, dando vita ad una vasta serie di norme di polizia sanitaria⁴².

Il secolo successivo, e cioè l'800, rappresentò per la Spagna un periodo belligerante (a livello internazionale ed interno) e l'economia mostrò, progressivamente, un ritardo rispetto alla media dell'Europa occidentale. Tale fenomeno dipese, tra le altre cause, dagli scarsi investimenti nell'industria per carenza di capitali, dal calo dei traffici commerciali per la perdita di quasi tutte le colonie, dall'inadeguatezza delle infrastrutture e dei mezzi di trasporto, nonché dall'estrema arretratezza del comparto agricolo (che si basava su un'economia di sussistenza, con una forte componente di autoconsumo). All'inizio del XIX secolo, più del 90% della popolazione spagnola era analfabeta; questa percentuale si ridusse di circa il 10% intorno all'anno 1860.

Nel primo terzo del secolo, a seguito della Guerra d'indipendenza e alla cacciata dei francesi (la cui presenza nella penisola iberica, comunque, consentì alla scienza medica spagnola di arricchirsi, attraverso il confronto con quella degli invasori), l'assolutismo di Ferdinando VII condusse ad una chiusura culturale della Spagna rispetto al mondo occidentale, nonché la persecuzione e l'esilio, con conseguente impoverimento, dell'*élite* intellettuale, fino a giungersi alla chiusura delle facoltà di medicina⁴³. L'igiene pubblica giunse al collasso.

Nel trentennio successivo, invece, durante il regno di Elisabetta II (1834-1868), venne dato nuovo impulso all'insegnamento della medicina in sede accademica e nelle varie scuole dislocate sul territorio⁴⁴, come dimostra, altresì, la nascita di numerose riviste specialistiche, nonché la pubblicazione di testi scientifici in un numero notevolmente superiore al trentennio

40 G. JORI, *Saberes prácticos y reforma sanitaria en la España del siglo XVIII. La contribución de las Academias de Medicina*, in *Rev. Bibl. Geo. Cienc. Soc.*, 2016, 1 ss.

41 M.E. RODRÍGUEZ PÉREZ, *La enseñanza de la Medicina en el siglo XIII*, in *Rev. Fac. Med. Mex.*, 1983, 434 ss.

42 G. JORI, *Población, política sanitaria e higiene pública en la España del siglo XVIII*, in *Rev. Geo. Norte Grande*, 2013, 54, 129 ss; A. MENÉNDEZ - E. RODRÍGUEZ, *Salud, trabajo y medicina en la España ilustrada*, in *Arch. Prev. Riesgos Labor*, 2005, 8, 1, 4-13.

43 L. GARCÍA BALLESTER - J.L. CARRILLO, *The repression of medical science in absolutist Spain*, in *El. Med.*, 1974, 9, 270 ss.

44 A. RIDRUELO MARTÍNEZ, *La enseñanza de la medicina en España, Valladolid 1843-1931*, Valladolid, 1979.



precedente⁴⁵; venne, inoltre, attuata una pervasiva riforma della professione medico-chirurgica. In questo periodo, in cui vi fu il ritorno in patria di numerosi medici liberali in precedenza esiliati (come Mateo Seoane Sobral e Mariano Matllés), così come, però, l'esilio di altri dissidenti politici (per esempio Pedro Mata e Federico Rubio), si stagliarono nel panorama alcuni, grandi professionisti, quale Diego Argumosa Obregón, che introdusse diversi metodi operatori originali, fu un pioniere della chirurgia plastica e vascolare, ed impiegò, tra i primi, l'anestesia generale con etere⁴⁶.

Nel terzo ed ultimo scorcio di secolo, dopo la rivoluzione democratica del 1868, la scienza medica spagnola mostrò, infine, alcuni elementi di maggiore originalità rispetto al passato e si cominciarono a delineare meglio le specializzazioni mediche⁴⁷. In questa fase, teoria e pratica cominciarono a fondersi indissolubilmente, come mostra l'opera del noto chirurgo Salvator Cardenal Fernández, ideatore del "Laboratorio" di Barcelona (che poi si fuse con Accademia delle Scienze Mediche)⁴⁸.

In ogni caso, il progressivo miglioramento delle strutture sanitarie che si registrò in questa fase storica non consentì il raggiungimento degli *standard* propri dei Paesi europei più avanzati⁴⁹. Ciò anche in ragione della continua instabilità politica del Paese che, a seguito della rivolta militare del 1868, attraversò il "*Sexenio Democrático*", la Prima Repubblica e, infine, dal 1874, la Restaurazione borbonica (terminata nel 1931, con la proclamazione della Seconda Repubblica).

Alla fine del XIX secolo poteva ancora nettamente distinguersi l'assistenza sanitaria per le classi agiate - che usufruivano di servizi medici a pagamento, generalmente a domicilio, e che si sottoponevano ad interventi chirurgici in cliniche private - da quella per gli individui appartenenti alle classi sociali più povere, che si rivolgevano a strutture pubbliche, religiose o filantropiche, talora assai modeste, tanto da generare un «panorama deprimente» del servizio sanitario spagnolo⁵⁰, che si legava, più in generale, ad una profonda arretratezza del Paese, attestata anche dall'elevatissimo tasso di analfabetismo di fine secolo (63% della popolazione)⁵¹. I servizi sanitari erano prestati alla popolazione sulla base della *Ley orgánica* del 1855 (che rimase in vigore fino agli anni '40 del secolo successivo), che imponeva ai municipi di fornire assistenza medica e farmaci in favore dei meno abbienti. Si trattava,

45 Tuttavia, sulla persistente arretratezza scientifica nel settore, vd. R. ROMERO, *La enseñanza de la medicina en España en el siglo XIX*, 16 aprile 2019, in www.historiaymedicina.es.

46 G. SORNÌ VALLS, *La obra quirúrgica de Diego de Argumosa y Obregón*, Madrid, 1970.

47 J.M. LÓPEZ PIÑERO, *Las ciencias médicas en España del siglo XIX*, in *Ayer*, 1992, 193 ss.

48 Su questo periodo vd. L.S. GRANJEL, *Medicina española contemporánea*, Salamanca, 1986.

49 S. GONZÁLEZ COGOLLOR, *Ambientación histórica, política, social y médica en la España del siglo XIX*, 2 maggio 2019, in www.revistamedica.com.

50 J.M. SEGOVIA DE ARANA, *La salud de los españoles en el siglo XX*, in *An. Real Ac. Cienc. Mor. Pol.*, 2000, 415 ss.

51 M.E. GALIANA - J. BERNABEU-MESTRE, *El problema sanitario de España: saneamiento y medio rural en los primeros decenios del siglo XX*, in *Asclepio. Revista de Historia de la Medicina y de la Ciencia*, 2006, 2, 139 ss.



sostanzialmente, di una sanità pubblica fondata sull'idea della beneficenza in favore dei poveri⁵².

Al tramonto del XIX secolo e nel primo terzo del XX secolo non esistevano mezzi diagnostici avanzati; gran parte dei farmaci venivano prodotti nelle erboristerie locali⁵³; terapie ancestrali (impiastri, purghe e salassi) venivano ancora utilizzate. Gran parte delle patologie diffuse nella popolazione erano di tipo infettivo (tubercolosi, colera, sifilide, difterite, oltre che la famigerata "influenza spagnola", che falciò l'Europa tra il 1918 ed il 1920)⁵⁴. La neutralità della Spagna rispetto alla Grande Guerra non evitò, comunque, al Paese la crisi che derivò dal conflitto in Europa⁵⁵.

In questo periodo, che fece registrare un'aspettativa di vita assai bassa ed un elevato tasso di mortalità infantile⁵⁶, nacque la figura del medico di famiglia, particolarmente attivo soprattutto nelle campagne, ove mancavano strutture sanitarie organizzate. Il medico attivo nei borghi rurali, in particolare, veniva retribuito dai comuni, oppure stipulava delle convenzioni con delle famiglie o con delle entità collettive a carattere locale⁵⁷.

Il sistema "igual", assai diffuso, dunque, facilitò lo sviluppo di centinaia di piccole mutue e "casche malattia", sul modello di altri Paesi europei⁵⁸, fino a giungere, nel 1908 - due anni dopo il conferimento del premio Nobel per la medicina a Santiago Ramón y Cajal⁵⁹ e Camillo Golgi - alla nascita dell'*Instituto Nacional de Previsión* (INP), con la copertura sanitaria di un numero sempre maggiore di individui appartenenti alla "popolazione attiva", secondo un modello bismarckiano, poi seguito, durante la dittatura franchista (dal 1939, con la caduta della Seconda Repubblica, all'anno 1975, allorché si insediò il Re Juan Carlos di Borbone), anche dalla legge del 14 dicembre 1942, in tema di *Seguro Obligatorio de Enfermedad* (SOE)⁶⁰.

Tali innovazioni, comunque, intervennero in un periodo (dalla fine degli anni '30) in cui in Spagna si verificò - nonostante la neutralità anche rispetto al secondo conflitto mondiale - una forte crisi economica, con un crollo della produzione nazionale, nonché dei consumi, associata ad una grande diffusione della povertà e delle malattie.

Suddette condizioni, unitamente al fallimento dell'interventismo nel settore dell'industria, del protezionismo e dell'obiettivo velleitario dell'autarchia, provocarono un forte isolamento

52 E. RODRÍGUEZ OCAÑA, *Medicina y acción social en la España del primer tercio del siglo XX*, in AA. VV., *De la beneficencia al bienestar social*, Madrid, 1985, 227 ss.

53 In argomento vd. S. MUÑOZ CALVO, *Historia de la farmacia en la España moderna y contemporánea*, Madrid, 1994.

54 M.E. GALIANA-SÁNCHEZ, *Historia de la enfermería de salud pública en España y el contexto internacional*, in *European Journal for Nursing History and Ethics*, 2019, 1, 1 ss.

55 M.A. MARTORELL LINARES, *La economía y la sociedad españolas durante la Primera Guerra Mundial*, in *Temas para el debate*, 2014, 237/238, 42 ss.

56 Vd. F.J. GOERLICH GIBERT - R. PINILLA PALLEJÀ, *Esperanza de vida en España a lo largo del siglo XX*, in *Fund. BBVA*, 2006, 11, 1 ss.

57 AA.VV., *La medicina rural a principios de siglo XX*, 1 gennaio 2016, in *www.elsevier.es*.

58 AA.VV., *Viente años de reforma de la Atención Primaria en España*, Madrid, 2005, 13.

59 Unico scienziato spagnolo, oltre a Severo Ochoa (1959), a conseguire il premio per la medicina.

60 P. GONZÁLEZ MURILLO, *La política social del franquismo: el Seguro Obligatorio de Enfermedad*, in *Rev. Hist. Contemp.*, 2005, 57, 62 ss.



dello Stato, con conseguente, ulteriore involuzione dell'economia, con un flusso che cominciò ad invertirsi lentamente solo verso la fine degli anni '50⁶¹. Sicché, durante la dittatura di Franco, l'attenzione pubblica si rivolse con preoccupazione alle malattie infettive, strettamente correlate alla malnutrizione e alle condizioni igieniche precarie determinate dalla povertà⁶².

A seguito dell'istituzione (nel 1977) del Ministero che oggi è denominato "della Salute" e dell'entrata in vigore della Costituzione nel 1978⁶³, il sistema sanitario spagnolo ha fatto registrare una radicale transizione verso un modello di tipo "Beveridge"; l'articolo 43 della Costituzione spagnola stabilisce, infatti, che: "è competenza dei poteri pubblici l'organizzazione e la tutela della salute pubblica con le misure preventive e con le prestazioni e i servizi che siano necessari".

Nel 1986, con l'approvazione della *Ley General de Sanidad* (l. 25 aprile 1986, n. 14), venne creato, dunque, il SNS, definito come "l'insieme dei servizi di salute dell'amministrazione dello Stato e dei servizi di salute delle Comunità Autonome opportunamente coordinate"⁶⁴.

Il sistema è stato gestito, a livello centrale, dal 1978 fino all'anno 2002, dall'*Istituto Nacional de la Salud* (INSALUD, che era subentrato all'INP), ed è oggi finanziato per la gran parte dal gettito fiscale (e, in misura residuale, dai contributi versati dai datori di lavoro e dalla popolazione attiva, ovverosia attraverso il sistema di previdenza obbligatoria, oltre che dai *ticket*, il c.d. "copago")⁶⁵. Esso garantisce i servizi attraverso strutture pubbliche, private senza scopo di lucro (tra le quali oltre 50 ospedali di proprietà della Chiesa cattolica) e private convenzionate.

Le Comunità Autonome (con l'eccezione di Ceuta e Melilla) hanno assunto la responsabilità del servizio sanitario, mentre il Ministero, a livello nazionale, svolge la funzione di controllo e coordinamento. Il servizio sanitario, organizzato, dunque, su base territoriale (ogni Comunità Autonoma adotta un *Plan Integrado de Salud*), si articola, poi, in singoli distretti (su base territoriale/demografica), denominati *Areas de Salud* (AS), che raggruppano, a loro volta, delle "cellule", denominate "*Zonas Básicas de Salud*". Si tratta, dunque, di un sistema che presenta alcune affinità organizzative con quello nostrano⁶⁶.

In Spagna (secondo le stime riportate sul sito *web www.es.statista.com*) solo il 43% degli ospedali sono pubblici; essi, però, coprono all'incirca il 70% dei posti letto disponibili sul territorio nazionale e, generalmente, sono queste le strutture che eseguono i trattamenti medico-chirurgici più complessi. Per quanto concerne la medicina di base, il servizio è

61 Su questo tema vd. G. DI FEBBO - S. JULIÀ, *Il franchismo*, Bari, 2003.

62 P. MARSET CAMPOS - J.M. SÁEZ GÓMEZ - F. MARTÍNEZ NAVARRO, *La salud pública durante el franquismo*, in *Dynamis*, 1995, 15, 211 ss.

63 Sulla quale vd. R.L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 2017.

64 Sul punto vd. L. MELICA, *Il sistema sanitario spagnolo e la tutela della salute degli immigrati: spunti di riflessione*, 14 dicembre 2017, in *www.rivistaaic.it*.

65 A. DIURNI, *Italia e Spagna: sistemi sanitari a confronto*, 6 luglio 2017, in *www.dirittoesalute.org*.

66 Come rilevato anche da AGENAS, *Analisi comparata delle cure primarie in Europa*, in *Quad.*, suppl. al n. 1 del 2022, 61 ss.



organizzato a livello territoriale, ove i medici sono assegnati a *Centros de Salud* o a *Consultorios locales* (da un censimento del 2020, sono risultati in servizio circa 36.000 *médicos de familia*)⁶⁷.

Secondo i dati riportati da molti quotidiani (tra cui *El Mundo* e *La Vanguardia*), a seguito della pandemia da COVID-19, circa il 25% della popolazione spagnola fruisce di una copertura assicurativa per i servizi sanitari; da recenti statistiche è emerso, altresì, che dopo la crisi internazionale del 2009, con conseguenti tagli alla spesa pubblica in campo sanitario, il settore privato ha progressivamente aumentato la propria importanza⁶⁸, tanto da attrarre circa il 30% della spesa sanitaria globale⁶⁹. Secondo i dati recentemente riportati sul sito *web* del *Ministerio de Sanidad*, la spesa sanitaria privata è di circa 32 miliardi di euro annui, pari al 2,9% del PIL nazionale, con una spesa *pro capite* di circa 650 euro.

Secondo i dati più recentemente diffusi dalle Autorità pubbliche (e, in particolare, dall'*Instituto Nacional de Estadística*), oggi, in Spagna, si contano circa 300.000 medici, che conseguono, in media, secondo quanto riportato dal quotidiano *Redacción Médica*, un reddito lordo annuo di circa 54.000 euro *pro capite* (rispetto ad una media nazionale di circa 30.000 euro); sempre per fornire alcuni dati ricostruttivi del contesto, si può aggiungere in questa sede che la spesa sanitaria totale relativa al 2021, per quanto riportato dal competente Dicastero, è stata di circa 88 miliardi di euro (pari al 7,3% del PIL nazionale). Quasi la metà, dunque, della spesa sanitaria in Italia (sebbene la popolazione nel nostro Paese superi solo del 27% circa quella spagnola).

Sulla scorta dei dati raccolti dalla piattaforma *Statista*, nella classifica relativa ai sistemi sanitari mondiali, quello spagnolo si colloca al ventiseiesimo posto, dietro all'Italia (17 posto), la Francia (20), davanti al Regno Unito (34). Il servizio sanitario in Spagna, in ogni caso, mostra, oggi, diverse criticità, tra le quale occorre segnalare:

i) gli *standard* qualitativi, che non sono ritenuti soddisfacenti da larga parte del popolo spagnolo (come risulta dalle opinioni raccolte dal medesimo Ministero della Sanità e riportate sul sito *web* istituzionale, 2 cittadini spagnoli su 10 considerano il sistema sanitario bisognoso di grandi riforme, mentre 2 su 10 addirittura reputano indispensabile una sua totale ristrutturazione), in larga parte dipendenti dall'assai contenuta spesa pubblica⁷⁰ (al netto dei recenti fondi UE, elargiti per il superamento della crisi determinata dalla pandemia da SARS-COV-2);

ii) la dialettica imperfetta tra sanità pubblica e privata, poiché se da un lato il confronto può certamente agevolare la concorrenza e, conseguentemente, la qualità dei servizi, dall'altro le politiche di *cost cutting* relative al finanziamento delle strutture pubbliche, attuate negli ultimi

67 AA.VV., *La medicina di famiglia in Spagna e i "fantasmi della dipendenza"*, 3 dicembre 2021, in www.quotidianosanità.it.

68 M. RODRÍGUEZ, *El sector público y el sector privado de la sanidad: ¿estabilidad o cambio?*, in *Gac. San.*, 2019, 499 ss.

69 N. SALINAS, *Los seguros de salud vuelven a dispararse en 2022: crecen un 7% y aportan 10.543 millones*, 18 gennaio 2023, in www.epe.es.

70 Vd. anche i dati economici riportati dal rapporto *UE State of Health in the EU España. Perfil sanitario nacional 2021*, che segnala un livello di spesa pubblica *pro capite* costantemente inferiore alla media europea in tutto il periodo 2008-2019.

anni, si sono fondate verosimilmente sull'idea della "supplenza" del settore privato rispetto a quello pubblico, piuttosto che del dialogo competitivo;

iii) le lunghe liste di attesa per l'accesso ai servizi sanitari pubblici, che si riverberano negativamente soprattutto sulle fasce di popolazione meno abbienti⁷¹, le quali esprimono una certa insoddisfazione per i livelli di assistenza garantiti dallo Stato⁷².

3. Il nesso causale tra condotta colposa ed evento lesivo a carico del paziente nel contesto dell'attività diagnostica e terapeutica. L'accoglimento, dottrinale e giurisprudenziale, della teoria dell'imputazione oggettiva.

In Spagna, così come in Italia, sono sanzionati penalmente tanto l'omicidio (art. 142 c.p.) quanto le lesioni colpose (art. 152 c.p.). A tale ultimo proposito occorre segnalare, tuttavia, che il legislatore spagnolo ha inteso definire, dal punto di vista penalistico, in maniera assai originale il concetto di lesione; ciò nel contesto del comma 1 dell'art. 147 c.p. (richiamato dall'art. 152 c.p., sopra citato), che stabilisce come essa, per essere rilevante, debba essere «tale da alterare l'integrità fisica o la salute fisica o mentale, sempre che la lesione richieda oggettivamente, per la sua guarigione, un trattamento medico o chirurgico, oltre alle prime cure mediche. La semplice sorveglianza o il monitoraggio facoltativo del decorso della lesione non saranno considerati trattamenti medici».

Nel sistema nostrano, invece, la nozione di lesioni è agganciata a quella di "malattia nel corpo o nella mente", che ha dato adito nel tempo ad interpretazioni diversificate, poiché ad un filone che ha accolto una nozione tecnico-giuridica di *malattia* (che è quella, peraltro, sposata nella Relazione ministeriale al codice del 1930), se ne è contrapposto un altro, che ne ha sostenuta una di matrice medico-legale. In estrema sintesi: nella prima accezione, costituirebbe lesione qualsivoglia alterazione anatomica, anche in difetto di una reale alterazione funzionale. Nella seconda, invece, la lesione, sostanziate malattia, sarebbe soltanto quella caratterizzata da un processo dinamico-evolutivo, nonché da un'apprezzabile compromissione della funzionalità dell'organismo.

Tale ultima soluzione ermeneutica, propugnata da numerosi studiosi della materia⁷³, è stata, almeno in una certa misura, accolta dalla giurisprudenza. Così, con una recentissima pronuncia, si è stabilito che «ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali, la nozione di malattia non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica, che possono anche

71 P. MARTÍN, *Los puntos negros de la sanidad pública: falta de profesionales, saturación y financiación*, 24 gennaio 2023, in *www.epes.es*.

72 J.C. LLANO ORTÍZ, *La Desigualdad en la salud*, Madrid, 2019.

73 Vd., *ex multis*, P. BAIMA BOLLONE - V. ZAGREBELSKY, *Percosse e lesioni personali*, Torino, 1975; A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1981, 77; R. BORGOGNO, *Delitto di lesione personale*, in F. Ramacci (a cura di), *I delitti di percosse e di lesioni*, Torino, 1998, 75 ss; L. CORNACCHIA, *I delitti contro l'incolumità individuale*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000, 313 ss; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. II, 1, i delitti contro la persona*, Bologna, 2013, 67; L. MASERA, *Delitti contro l'incolumità fisica*, in F. Viganò - C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, in Trattato teorico-pratico di Diritto penale diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, VII, Torino, 2015, 105 ss; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la persona*, Milano, 2016, 143.



manca, bensì solo quelle da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico o l'aggravamento di esso ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa»⁷⁴.

Sicché, secondo questa linea, sarebbe la *deminutio* funzionale a rappresentare l'elemento caratterizzante la lesione, e non la sussistenza di un processo morboso. Se, allora, tale soluzione appare avallata da un'analisi sistematica (vd., tra l'altro, il richiamo operato dall'art. 583 c.p. all'indebolimento o alla perdita di un senso o di un organo, rispetto al requisito del carattere dinamico-evolutivo, qui del tutto carente), d'altro canto essa, nell'impennarsi su di un apprezzabile danno funzionale, risulta idonea a distinguere la fattispecie da quella di percosse, nonché, in effetti, a restringere l'area di operatività delle disposizioni incriminatrici di fatti di lesioni nell'ottica del principio di ragionevolezza e proporzionalità.

Muovendo, ora, nuovamente, l'obiettivo al sistema spagnolo - che tipizza autonomamente fatti rappresentati dalla perdita di un senso o di un organo, le deformazioni⁷⁵ e le "gravi infermità fisiche o psichiche" (artt. 149 e 150 c.p.) - si può rilevare che il delitto di lesioni dolose, nella forma basica descritta dal comma 1 dell'art. 147 c.p. (disposizione che è stata oggetto, nel suo complesso, di pervasive modifiche attraverso la LO n. 1 del 30 marzo 2015), è stato costruito dal legislatore prescindendo totalmente dall'alterazione funzionale fisica o psichica, innestandosi la fattispecie, come già si è accennato, sul requisito della necessità dell'intervento medico-chirurgico⁷⁶.

Le ipotesi minori, invece, sono disciplinate, come residuali, dal comma 2 dell'art. 147 c.p. che, tuttavia, non è richiamato dall'art. 152 c.p., con conseguenziale loro rilevanza solo nella dimensione dolosa (ad eccezione delle ipotesi richiamate dal successivo art. 153 c.p., che attengono a particolari relazioni tra reo e vittima).

Sicché, specie nel contesto colposo, la soluzione sposata dal legislatore spagnolo sembra prestare il fianco ad alcune obiezioni e, in particolare, a destare perplessità è che sia il ricorso all'intervento sanitario⁷⁷, invece che la sussistenza di un danno fisico o psichico con riflessi

74 Cass., Sez. V, 17 marzo 2023, n. 25535.

75 Su questo concetto vd. STS, Sez. II, 18 settembre 2003, n. 1154/2003: «questa Corte ha avuto modo di pronunciarsi più volte sulla nozione giuridica di deformità, dichiarando che essa consiste in qualsiasi irregolarità fisica, visibile e permanente, che comporti deturpazione o bruttezza evidente a occhio nudo. Spiccano quindi tre note caratteristiche: irregolarità fisica, permanenza e visibilità. La giurisprudenza richiede, inoltre, un giudizio di valore sulla già menzionata irregolarità, al fine di evidenziare, eventualmente, che essa è di una certa entità e rilevanza, escludendo quei vizi di scarsa importanza dallo scarso significato antiestetico. Detto giudizio di accertamento deve essere effettuato dal giudice tenendo conto delle condizioni personali delle vittime e del loro aspetto fisico prima delle lesioni. In ogni caso, i criteri di valutazione devono essere più rigorosi quando le conseguenze riguardano la fisionomia facciale. In linea di principio si ritiene di includere nel concetto di deformità le cicatrici permanenti, indipendentemente dalla parte del corpo interessata».

76 Il che determina un'accezione spiccatamente normativa del concetto di lesioni. Sul punto vd. STS, Sez. II, 28 maggio 2014, n. 463/2014.

77 Secondo la giurisprudenza, per "trattamento medico" si intende «il procedimento volto a curare una malattia o a ridurre gli effetti, sia esso effettuato dal medico che presta la prima assistenza o affidato agli assistenti sanitari, prescindendo dalla semplice diagnosi e dalla pura sorveglianza medica o dalla



funzionali sull'organismo umano, a determinare, attraverso una vera e propria presunzione *ex lege*, la gravità del fatto e, quindi, la meritevolezza della pena.

Sebbene, allora, la giurisprudenza si sforzi di precisare come il «trattamento deve essere oggettivamente richiesto per la salute, il che esclude la soggettività della sua dispensazione da parte del medico o della vittima stessa»⁷⁸, resta che, mentre la necessità dell'intervento medico rappresenta dato talora assai difficilmente ponderabile in sede processuale e, per il vero, dalla dubbia capacità selettiva⁷⁹, potrebbero rimanere prive di tutela penale delle lesioni che, pur non necessitando alcun intervento medico-chirurgico risolutivo, compromettano in maniera apprezzabile la salute della vittima. Tanto è vero che, ad esempio, nel caso della rottura delle costole che, generalmente, non richiede per la guarigione un intervento medico-chirurgico, la giurisprudenza spagnola è stata costretta a forzare la norma incriminatrice di riferimento, allargandone le maglie, affermando che anche la prescrizione del riposo costituirebbe un trattamento sanitario ai sensi della citata disposizione⁸⁰.

Quanto al nesso tra condotta ed evento, costituito da morte o lesioni, occorre premettere che la dottrina spagnola non ha elaborato tesi particolarmente originali sul tema dell'accertamento della causalità materiale e che, in effetti, essa sia stata fortemente ispirata dalle elaborazioni della scienza penalistica tedesca⁸¹. Così, in un primo momento, nella giurisprudenza delle Corti spagnole si è affermata la teoria dell'*equivalencia* o della *conditio sine qua non*, che è stata richiamata, ad esempio, nel notorio caso dell'intossicazione da olio di colza, impiegato come sostanza alimentare, deciso da STS, Sez. II, 23 aprile 1992, n. 3654/1992, e che è stata utilizzata secondo una logica probabilistica su base generalizzante, ovvero sia facendosi leva sulla circostanza dell'aumento del rischio di verificazione dell'evento⁸².

prevenzione. Il trattamento medico in senso stretto consiste nella progettazione di un sistema curativo o di un percorso medico prescritto da un laureato in medicina con finalità curative. Il trattamento chirurgico è quello che, attraverso l'intervento chirurgico, ha lo scopo di curare una malattia attraverso interventi di questa natura, indipendentemente dalla loro importanza», STS, Sez. II, 5 novembre 2014, n. 732/2014.

78 STS, Sez. II, 10 febbraio 2015, n. 58/2015.

79 Tanto è vero che la giurisprudenza riconduce al trattamento medico anche la somministrazione di banali farmaci, quali gli antinfiammatori, nonché la mera applicazione di punti di sutura o del c.d. "ster-strip". Sul punto vd. AA.VV., *Código penal. Comentarios, concordancias, jurisprudencia*, A Coruña, 2023, sub art. 147, 508.

80 STS, Sez. II, 22 dicembre 2000, n. 2018/2000. Per altri casi problematici vd. A. ZÁRATE CONDE, *Las lesiones*, in Id. (diretto da), *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2021, 81.

81 J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988.

82 J.M. PAREDES CASTAÑÓN - M.T. RODRIGUEZ MONTAÑES, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995. Nella letteratura italiana vd. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, 32 ss; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2000, 169-170 (che ha sottolineato la prevalenza, nel caso di specie, dell'intima convinzione del giudice sul rigoroso accertamento del nesso di causalità tra condotta pericolosa ed evento lesivo); C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, Milano, 2004, *passim*.



Proprio la teoria dell'imputazione oggettiva, nella sua declinazione che attiene alla sfera del rischio⁸³, di matrice tedesca⁸⁴ (ma che vanta sostenitori anche nel contesto italiano)⁸⁵, appare, allora, oggi, quella maggiormente accreditata (seppur con molteplici sfumature), nell'ottica di superamento delle aporie derivanti dalla pura logica

83 In argomento vd. F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in S. Canestrari - A. Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, I, 1, Milano, 1997, 67 ss; M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, 587 ss. Nella manualistica spagnola, vd. F. MUÑOZ CONDE - M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2010, 288 ss.

84 Sulla nascita della teoria vd., nella letteratura italiana, M. RONCO, *Alle origini dell'imputazione oggettiva*, in A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 487. Sul tema, vd. anche K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale*, Padova, 1993, 55 ss; G. FORNASARI, *Principi di diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 158 ss; G. LICCI, *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Napoli, 1996, 20; S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 71 ss; G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011, 157 ss; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della conditio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, 20 ss; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato*, Torino, 2017, 171 ss.

85 Per un quadro generale vd. A. DE LIA, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, Pisa, 2020, 30 ss. Sulla "importazione" italiana della teoria vd. G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013, 107 ss.



condizionalistica⁸⁶, nella dottrina⁸⁷ e nella giurisprudenza spagnola⁸⁸ e, da anni, viene applicata dalle Corti nel contesto della responsabilità del personale sanitario in relazione alle attività medico-chirurgiche⁸⁹.

Come risaputo, gli elementi fondamentali per l'ascrizione dell'evento individuati dalla suddetta teoria sono costituiti:

a) dalla creazione o dall'incremento di una situazione di rischio, nel senso che la condotta deve generare una probabilità di lesione del bene giuridico protetto dalla disposizione di riferimento;

b) dalla circostanza che l'evento inveratosi costituisca evoluzione della situazione di rischio indebitamente provocata dal soggetto agente;

c) l'evento lesivo corrisponda a quello che la norma comportamentale vietata intendeva evitare (*fin de protección de la norma*)⁹⁰.

86 G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Ind. Pen.*, 2006, 945 ss. Nel panorama spagnolo si parla di “*doble causalidad*”. Quella *materiale* (fondata sulla *conditio sine qua non*, sull'impiego delle leggi scientifiche di copertura, il ragionamento ipotetico, ovverosia di quello che nel *common law* si definisce “*but for test*”), nonché quella giuridica, «*para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o indirecta que pudiera derivarse de su conducta*» (STS, Sala Civil, 15 marzo 2021, n. 141/2021).

87 Ad esempio, A. TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, in *ADPCP*, 1986, 33 ss; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación objetiva. Cuestiones metodológicas y sistemáticas*, in *Est. Pen. Crim.*, 1989, 105 ss. Vd., più di recente, E. GIMBERNAT ORDEIG, *In difesa della teoria dell'imputazione oggettiva contro i suoi detrattori e - anche - contro alcuni dei suoi sostenitori*, 9 settembre 2021, in *www.discrimen.it*. Nella manualistica vd. D.M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Valencia, 2016, 199 ss. Secondo tale Autore: «la teoria corretta è quella condizionalistica, oggi di gran lunga maggioritaria, sulla quale si è inserita quella dell'imputazione oggettiva come categoria normativa addizionale. Le critiche alla teoria della *conditio sine qua non* in termini di una eccessiva estensione della responsabilità erano in parte comprensibili quando non si impiegava la teoria dell'imputazione oggettiva». Ancora, nella manualistica, per l'adesione a tale impostazione teorica, vd. M.I. RAMOS TAPIA, *La tipicidad*, in M.R. Moreno-Torres Herrera (diretto da), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Valencia, 2019, 101 ss. Per ulteriori richiami bibliografici ad opere precedenti della dottrina spagnola, vd. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*. *Contra*, però, vd., ad esempio, C.M. LANDECHO VELASCO - C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 2020, 253 ss, per i quali occorrerebbe applicare il modello condizionalistico puro, con limitazioni ricavabili dall'elemento soggettivo.

88 E. NUÑEZ CASTAÑO, *Elementos del tipo objetivo*, in M.C. Gómez Rivero (diretto da), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2019, 191 ss.

89 A. JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990.

90 J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984, 186; G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1986, 88 ss; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2008, 250 ss. A livello monografico, vd. M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992; B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, Barcelona, 2001. In giurisprudenza, tra le tante, vd. STS, Sez. I, 23 luglio 2012, n. 662/2012.



Ciò, in riferimento all'illecito omissivo, come pure risaputo, si traduce nella violazione dell'obbligo di azzeramento, ovvero di minimizzazione del rischio, dal quale sia derivato, per l'effetto dell'inadempimento di un'obbligazione di garanzia che impone il *facere*, come conseguenza, l'evento lesivo medesimo⁹¹.

Si tratta di un'impostazione teorica accolta, come si è già accennato, anche dalla giurisprudenza spagnola; così, ad esempio, il *Tribunal Supremo*, con un'ampia motivazione (che vale la pena di riportare in alcuni suoi passaggi nodali) ha statuito che: «nei reati di risultato, per risolvere i problemi del cosiddetto rapporto causale, si ricorre al concetto di imputazione oggettiva, intendendosi che tale relazione sussiste ogniqualvolta la condotta attiva o omissiva dell'imputato possa essere considerata come una condizione senza la quale il risultato non si sarebbe verificato, secondo la dottrina tradizionale dell'equivalenza delle condizioni o *condicio sine qua non*, rapporto che si instaura secondo criteri naturali previsti dalle regole della scienza o dell'esperienza, stabilendo successivamente, mediante un giudizio di valore, le necessarie restrizioni, ricorrendo alla cosiddetta imputazione oggettiva, che sussiste quando il soggetto, la cui responsabilità viene esaminata, con il suo comportamento provoca un rischio inammissibile, o accresce illecitamente un rischio consentito. Ed è proprio nell'ambito di tale rischio che si verifica il risultato, che si manifesta come una conseguenza normale del rischio, secondo un giudizio di prevedibilità o di probabilità. Ovverosia tale *specifico* risultato corrisponde a quella *specifica* azione o omissione senza che sia possibile attribuirlo ad altra diversa causa, imprevedibile o estranea al comportamento dell'imputato. Quando si verificano percorsi causali complessi, cioè quando la condotta dell'imputato e un'altra o più cause imputabili a persona diversa o un fattore esterno concorrono nella produzione di un risultato tipico, si è soliti stimare che, se quest'ultima causa esistesse prima della condotta dell'imputato, come una certa malattia della vittima, ciò non interferisce con la possibilità di imputazione oggettiva, e, se successiva, essa può impedire tale imputazione quando si tratti di un qualcosa di totalmente anomalo, imprevedibile ed estraneo al comportamento dell'imputato, ma non in quei casi in cui l'evento successivo rientri nella stessa sfera del rischio creato o accresciuto dall'imputato stesso con il suo comportamento»⁹².

Con un recente arresto, la suprema Corte spagnola ha anche precisato che: «come è noto, le accuse penali per imprudenza si basano sul mancato rispetto degli obblighi di diligenza, che determinano un rischio disapprovato e rilevante, che genera il risultato, il quale rappresenta

91 J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general*, Barcelona, 1996, 199 ss. Sul punto vd., in giurisprudenza, STS, Sez. I, 2 luglio 2009, n. 716/2009: «la colpa dell'omissione si materializza quando la condotta è imputabile a negligenza, cioè quando non venga impiegata la dovuta diligenza, in una condizione in cui il reo non era a conoscenza della situazione di fatto che ha fatto sorgere il dovere di agire, ovvero quando la parte obbligata a compiere l'azione non raggiunge lo scopo (ovverosia quello di impedire che si verificano eventi) a causa del modo imprudente o inadeguato con cui viene esercitata l'azione con la quale si tenta di adempiere al dovere garanzia, che può attenersi anche alla prevenzione di condotte illecite altrui».

92 STS, Sez. II, 7 marzo 2006, n. 266/2006.



una conseguenza prevedibile. La rilevanza giuridico-penale di ogni azione o omissione umana si basa sulla nozione di violazione del dovere»⁹³.

Già da tali richiami emerge, dunque, come nei ragionamenti delle Corti i profili che attengono, più propriamente, all'elemento oggettivo, si intersechino con quelli relativi all'elemento psicologico e, in particolare, alla prevedibilità; il tutto in contesto in cui il legislatore spagnolo ha rinunciato a definire in termini generali il nesso causale e il concorso di cause (non essendo previste nel codice norme assimilabili agli artt. 40 e 41 c.p., ad eccezione di quanto dispone l'art. 11 sulla causalità nell'omissione⁹⁴ e dell'art. 114, sul concorso della vittima nella produzione del danno, nella prospettiva del risarcimento dei danni⁹⁵). Sulla scorta della disamina della casistica, si può osservare, altresì, come la giurisprudenza, ai fini della ricostruzione del nesso eziologico, nell'impiegare il modello condizionalistico, talora operi esponendo la necessità di un ancoraggio del procedimento euristico-esplicativo alle leggi scientifiche di copertura⁹⁶ (esigendo ai fini dell'affermazione della responsabilità, anche nelle condotte di tipo omissivo, che «*pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma*» della relazione causale con l'evento tipizzato)⁹⁷, talaltre ritenendo sufficiente il ricorso al c.d. "sapere esperienziale"⁹⁸, secondo una linea (assai discutibile) tracciata in Italia dalla sentenza "Franzese"⁹⁹. Solo in secondo momento, ai fini dell'*imputatio*, dunque, come si è già

93 STS, Sez. I, 22 maggio 2023, n. 2485/2023.

94 Tale disposizione così recita: «I delitti che consistono nella produzione di un risultato si intenderanno commessi per omissione solo quando l'omesso impedimento, violando uno speciale dovere legale dell'autore, equivale, ai sensi di legge, alla sua causazione. A tal fine l'omissione sarà equiparata all'azione: a) quando esiste uno specifico obbligo legale o contrattuale di agire; b) quando colui che ha omesso di agire abbia creato un'opportunità di rischio per il bene giuridicamente protetto attraverso una precedente azione o omissione».

95 Tale articolo stabilisce, in particolare, che «se la vittima ha contribuito con la sua condotta alla produzione del danno, i giudici o i tribunali possono ridurre l'importo della sua riparazione o risarcimento». In tema vd. N. RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, *La concurrencia de la conducta de la víctima en la producción del resultado. Análisis del artículo 114 del Código Penal*, 23 aprile 2020, in www.diariolaley.laleynext.es.

96 Vd., tra le tante, STS, Sez. II, 28 marzo 2003, n. 448/2003: «la prima cosa da verificare, prima di imputare un certo risultato ad una condotta, è se sia idonea, in forza di una legge naturale scientifica, a produrlo. Si tratta, naturalmente, di una questione la cui soluzione, come ogni altra questione di fatto, è al giudice, il quale però non può pronunciarsi in merito se non sulla base di un accertamento peritale garantito da conoscenze specialistiche». Su questo tema vd. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?*, in *Jue. Dem.* 2005, 73 ss.

97 Vd., ad esempio, STS, Sez. I, 28 giugno 2017, n. 482/2017.

98 Su questo concetto e sul valore euristico delle massime d'esperienza vd., nella letteratura di lingua spagnola, R.B. CALFURRAPA, *Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional*, in *Ius et Praxis*, 2021, 2, 1 ss. In giurisprudenza vd. STS, Sez. I, 26 novembre 2020, n. 636/2020.

99 Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328. Su questa criticità vd. A. MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 591 ss; ID., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3633 ss.



rammentato, si procede alle valutazioni attinenti alla teoria in disamina e all'elemento soggettivo¹⁰⁰. Tuttavia, come paventato da alcuni "detrattori" della *Risikotheorie*, talora, l'accertamento della produzione (o dell'omissione rispetto ad una situazione di) rischio, correlata alla *Garantenstellung*, può condurre nella prassi a soluzioni di dubbia correttezza, eclissando l'analisi del nesso di condizionamento, da condursi attraverso il ragionamento controfattuale ed il canone della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio, provocando una surrettizia trasformazione di reati di evento in reati di pericolo, come si è verificato nel caso *Madrid Arena*.

La vicenda giudiziaria prese le mosse dai fatti occorsi nel noto impianto della capitale spagnola nella notte tra il 31 ottobre ed il 1 novembre dell'anno 2012, allorquando circa 16.000 giovani si riunirono per partecipare ad un evento organizzato per la festa di *Halloween*. Nelle prime ore del mattino, si generò un problema relativo ai flussi degli spettatori in entrata e in uscita dall'impianto, dovuto al suo sovraffollamento (l'Arena avrebbe potuto contenere soltanto 10.000 ospiti), nonché alla circostanza che gli organizzatori avevano serrato cinque delle otto uscite disponibili, con la conseguenza che molti giovani, per via della confusione e del panico ingeneratosi, caddero gli uni sugli altri. Il bilancio fu, allora, di decine di feriti, oltre che di cinque morti.

Successivamente, vennero tratti a giudizio alcuni degli organizzatori dell'evento, oltre che il medico incaricato di svolgere e dirigere il servizio medico la notte dei fatti. Per quel che più interessa in questa sede, si può osservare che tale ultimo soggetto, in particolare, nelle fasi di merito del processo era stato assolto dall'accusa di omicidio colposo, mossa in ragione della circostanza che il professionista avrebbe eseguito tardivamente la rianimazione di una giovane donna che aveva subito lesioni da schiacciamento e che poi era deceduta. Ciò in quanto non sarebbe stato comprovato che il comportamento alternativo lecito, ovverosia la pronta esecuzione delle manovre di rianimazione, avrebbe evitato la morte con probabilità confinanti con certezza.

Tale statuizione, tuttavia, è stata ribaltata dalla suprema Corte che, partendo dalla circostanza che fosse stata acclarata la negligenza del medico, ha ritenuto sussistenti tutti gli elementi costitutivi del delitto di omicidio colposo. Si ritiene, allora, utile riportare qui di seguito il passo fondamentale della pronuncia: «non si tratta del fatto che non sia stato dimostrato cosa sarebbe successo se avesse agito correttamente; ciò che avrebbe avuto importanza sarebbe stata la dimostrazione, al di là di ogni dubbio, ragionevole dubbio che, anche se l'imputato avesse fatto tutto ciò che era in suo potere, la giovane sarebbe comunque deceduta. Solo allora avrebbe potuto essere esonerato dalle sue responsabilità. Tuttavia, chi non agisce, e può farlo, come in questo caso, praticando e mettendo in atto il comportamento necessario, aumenta il rischio prevedibile a tal punto da provocare l'evento, anche se non si sa con certezza cosa sarebbe accaduto altrimenti»¹⁰¹.

Il pronunciamento ha formato oggetto di serrate critiche nel contesto del *voto particular* di uno dei Giudici del collegio giudicante, che ha rimarcato come la Corte abbia accolto «una

100 Su questo argomento, nella letteratura di lingua spagnola, vd. A.M. SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, 1996, *passim*.

101 STS, Sez. II, 11 dicembre 2017, n. 805/2017.



accezione estrema della teoria dell'imputazione oggettiva nella declinazione dell'aumento del rischio». Difatti, «ad ammettere la tesi sposata dalla maggioranza del Collegio si convertirebbe, di fatto, un delitto d'evento in un reato di pericolo, valicando i limiti del tipo legale, con una interpretazione distorsiva che persegue un fine di politica criminale, entrando in conflitto con le esigenze che impongono il rispetto del principio di legalità in materia penale. La sentenza si fonda su una interpretazione che soddisfa in modo più efficace l'esigenza di tutela del bene giuridico protetto dalla norma... tuttavia, questo argomento non può essere condiviso perché senza l'evento non può concretizzarsi il reato colposo. La pronuncia non mette in relazione il grado di rischio illecito non gestito dall'accusato con le possibilità reali di evitare l'evento. In altri termini, omette qualsivoglia giudizio di fatto e normativo sulla relazione tra rischio ed evento nel caso concreto, al riguardo della condotta tenuta dal medico accusato... violando gravemente il principio *in dubio pro reo*».

Per quanto riguarda il concorso di cause (che nel nostro ordinamento è oggetto di una disciplina criptica nell'art. 41 c.p.), si deve notare che - in difetto di alcuna previsione codicistica - in dottrina si è parlato, con locuzione assai efficace, di *cursos causales irregulares*; ciò per identificare, in linea generale, l'intervento di fattori eziologici, successivi alla violazione della norma cautelare e alla provocazione di una situazione di rischio, rappresentati, oltre che da fatti della natura totalmente anomali e casuali (ipotesi che, per il vero, è destinata a rappresentare una rarità, atteso che *natura non facit saltus*), tanto dalla condotta di un terzo (dolosa o colposa), quanto da comportamenti attribuibili alla medesima vittima¹⁰².

In proposito, allora, si può notare che la dottrina spagnola abbia "importato" una serie di criteri elaborati dalla scienza penalistica tedesca, che, ad esempio, si sostanziano:

a) nel riconoscere portata assorbente alla condotta dolosa riferibile a soggetti diversi da quello che abbia innescato la catena causale, negando, generalmente, siffatta soluzione per le ipotesi di intervento di condotte di natura colposa;

b) nel qualificare come trapassante il fattore causale sopravvenuto provocato da una condotta colposa connotata da *imprudencia grave*, negando siffatto approdo in altri casi;

c) nella teoria del c.d. "*peligro prototipo*", in base alla quale il soggetto che abbia attivato la situazione di rischio potrebbe rispondere dell'evento finale, provocato da un fattore prossimo sopravvenuto, soltanto laddove il pericolo iniziale involgesse l'identico bene giuridico risultato poi effettivamente offeso.

Così, in ordine all'errore medico, sopravveniente alla situazione di rischio già attivato, una parte della dottrina ha rilevato come la dominabilità della situazione di pericolo da parte del garante e la grave violazione delle *leges artis* connoterebbero un fattore causale idoneo ad interrompere il nesso causale e a concludere che l'evento lesivo "finale" non sia opera del soggetto che abbia innescato originariamente il *riesgo*¹⁰³.

102 E. GIMBERNAT ORDEIG, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, in *ADPCP*, LXIII, 2010, 16 ss.

103 Vd. in tal senso E. GIMBERNAT ORDEIG, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, op. cit., 83: «si el herido fallece por imprudencias tan escandalosas y que apenas acontecen en la praxis médica como la de transfundir sangre de un grupo distinto al suyo o como la de emplear en una intervención quirúrgica un bisturí no desinfectado que provoca una septicemia generalizada, es decir: como



La giurisprudenza spagnola, dal canto suo, di massima ritiene che le cause preesistenti/coesistenti non possano ritenersi idonee ad elidere la responsabilità del soggetto che realizzi una condotta illecita “sopravvenuta”, che si innesti sul fascio della situazione di rischio¹⁰⁴.

Ad esempio, il *Tribunal Supremo*, affrontando il ricorso di un soggetto che era stato accusato di lesioni colpose per aver cagionato, nel corso di un alterco, con uno schiaffo al proprio avversario la perdita della vista, il quale aveva eccepito la portata escludente di una precedente lesione oculare subita dalla vittima, ha rilevato: «nel contesto della teoria dell'imputazione oggettiva, e della sua proiezione in termini di concretizzazione del rischio, sono stati elaborati criteri complementari per la presenza di rischi concorrenti nella produzione dell'evento. In questo ambito, si dubita che un fatto preesistente, come l'infermità della vittima, possa influire sul decorso causale, essendo approdo consolidato il negare la rottura della catena causale tra azione ed evento nel caso di concause. Nell'ipotesi di azioni che interessano persone con alcuni *deficit*, questo fatto non esclude il nesso causale. La giurisprudenza della Corte è nel senso che attraverso l'applicazione della teoria dell'equivalenza delle condizioni, in linea di principio, si deve escludere l'interruzione del nesso causale tutte le volte in cui le condizioni siano coproduttive dell'evento. Sicché, secondo la teoria della *conditio sine qua non*, seppur limitandone la portata alle ipotesi in cui l'evento costituisca una concretizzazione della situazione di rischio prodotta dal reo, si può escludere la relazione causale quanto siano intervenute delle cause interferenti a carattere anomalo, in tal modo che l'evento non risulti la concretizzazione del pericolo generato dalla condotta tenuta dal soggetto agente»¹⁰⁵.

Talché, generalmente, si attribuisce valore sorpassante soltanto al fattore causale straordinario e sopravveniente, determinato dalla condotta *dolosa* del terzo, o della vittima stessa; tanto è vero che (analogamente a quanto accade in Italia)¹⁰⁶ per il *Tribunal Supremo* l'errore commesso dai medici nel contesto di trattamenti diagnostici o terapeutici salvifici, intervenuti a seguito della creazione di una situazione di rischio da parte del reo - non viene ritenuto idoneo a spezzare la catena causale¹⁰⁷.

Ad analoga soluzione si è giunti, ad esempio, nell'ipotesi di decesso della vittima, colpita con un'arma da taglio con finalità omicida dal proprio avversario, intervenuta anche per via del ritardo nei soccorsi, imputabile al personale dell'autoambulanza¹⁰⁸, mentre con una recente risoluzione il *Tribunal Supremo* ha rilevato come l'errore medico nell'esecuzione di un

consecuencia de rarisimas imprudencias médicas que, además, no tienen nada que ver con la gravedad de las heridas y que lo mismo podrían haberse producido en el tratamiento de heridas no letales y que igualmente habrían conducido a la muerte de personas no gravemente lesionadas, entonces del resultado muerte no debe responder el causante originario, por mucho que las lesiones primeramente causadas hubieran puesto en peligro la vida de la víctima».

104 J.G. GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Madrid, 2006, 203 ss.

105 STS, Sez. I, 14 dicembre 2011, n. 614/2011.

106 Cfr. Cass., Sez. IV, 5 maggio 2015, n. 33329; Cass., Sez. IV, 10 marzo 2016, n. 15493.

107 Su questo tema vd. C.B. BARDON, *Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros. A propósito de la STS de 19 de mayo de 1994*, in *Comm. Jur. Trib. Supr.*, 1994, 375 ss.

108 STS, Sez. II, 18 settembre 2003, n. 1210/2003.



intervento terapeutico sarebbe tale da interrompere il nesso causale e spezzare la catena di rischio solo laddove la condotta dei sanitari abbia innescato un rischio totalmente nuovo e diverso rispetto a quello attivato originariamente¹⁰⁹. Il tutto, dunque, ponendo in luce come alcune declinazioni della teoria dell'imputazione oggettiva, fondate sull'idea del *Regressverbot* e sulla questione della "dominabilità" della situazione di rischio¹¹⁰ non abbiano fatto breccia nella giurisprudenza.

Quanto ai fattori causali confluenti nel contesto dell'attività medica d'*équipe*, peraltro, non si è mancato di rilevare come la teoria dell'imputazione oggettiva, nella proiezione del *principio de confianza*, *id est* attraverso il ricorso all'elemento soggettivo (in termini di *previsibilidad*), abbia mostrato, nella prassi giudiziaria, un'efficacia limitativa della responsabilità pressoché trascurabile¹¹¹.

Sulla responsabilità collettiva a carattere colposo si tornerà da qui a breve; per il momento valga, però, osservare che, sebbene il tema sia ancor oggi oggetto di numerosi e approfonditi studi della dottrina, analizzando i repertori (così come le citazioni giurisprudenziali operate dagli studiosi della materia) ci si può avvedere che la casistica, soprattutto quella degli ultimi anni e con particolare riferimento ai pronunciamenti del *Tribunal Supremo*, è oltremodo scarsa. Il che, verosimilmente, deve essere ricondotto a due principali fattori, ovverosia l'inesistenza di una disposizione *ad hoc*, quale l'art. 113 c.p. nostrano (che, perlomeno per quanto stabilito dalle Sezioni Unite "Thyssenkrupp" rivestirebbe una funzione incriminatrice autonoma)¹¹²,

109 STS, Sez. II, 22 aprile 2005, n. 511/2005.

110 In argomento vd. M. CORCOY BIDASOLO, *Eficacia de la imputación objetiva. Su aplicación a la solución de casos tradiciolanes y actuales*, in *Themis*, 2015, 32 ss.

111 Su questi argomenti vd. M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989; C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Pamplona, 2003; J. DE VICENTE REMESAL - V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El médico ante el derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional, inhabilitación profesional y el trabajo en equipo*, in F. Pérez Álvarez (a cura di), *En Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007, 170 ss; J.M. PELÁEZ MEJÍA, *Configuración del "principio de confianza" como criterio negativo, de tipicidad objetiva*, in *Rev. Prol. Der. Val.*, 2016, 15-35; L.C. MONBLANC, *Trabajo en equipo y principio de confianza en el debate de la responsabilidad penal por mala praxis médica*, in *LEX*, 2021, 195 ss. Su questo tema, nel contesto nostrano, vd., oltre all'ampia panoramica tracciata da E. MEZZETTI, *Autore del reato e divieto di "regresso" nella società del rischio*, Napoli, 2021, per l'oggetto della presente trattazione, L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013.

112 Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343: «della cooperazione colposa disciplinata dall'art. 113 c.p. si è occupata ripetutamente la giurisprudenza di legittimità, esprimendo da ultimo valutazioni di fondo, che hanno parzialmente innovato rispetto alla tradizione e che vanno riproposte ed ulteriormente approfondite. Per quel che qui maggiormente interessa, occorre chiarire quale sia la reale portata della norma in questione nell'ambito delle fattispecie d'evento a forma libera come quella di cui dall'art. 589 c.p. In proposito in dottrina vengono sostenute, con diverse sfumature, due tesi di fondo. Secondo l'una l'art. 113 c.p., eserciterebbe una mera funzione di modulazione di disciplina, nell'ambito di situazioni nelle quali già si configura la responsabilità colpevole sulla base dei principi generali in tema di imputazione oggettiva e soggettiva: orientamento determinato, al fondo, dal timore che applicazioni disinvolte estensive possano vulnerare il principio di colpevolezza. L'altra tesi, invece, reputa che



nonché - per quanto meglio si osserverà nel prosieguo - dall'esclusione della rilevanza penale di forme di colpa lieve per fatti di omicidio e lesioni (su cui *infra*) che, con ogni probabilità, conduce, attraverso una gradazione delle colpe all'interno delle vicende cooperative e l'approccio atomistico alla *mala praxis* in campo sanitario, all'esclusione della responsabilità per condotte connotate da minor disvalore¹¹³.

la disciplina della cooperazione colposa eserciti una funzione estensiva dell'incriminazione rispetto all'ambito segnato dal concorso di cause colpose indipendenti, coinvolgendo anche condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte. Tale ultimo indirizzo è implicitamente accolto nella giurisprudenza di legittimità. Esso è senz'altro aderente alle finalità perseguite dal codificatore che, introducendo la disciplina di cui si discute, volle troncane le dispute esistenti in quell'epoca, esplicitando la possibilità di configurare fattispecie di concorso anche nell'ambito dei reati colposi. Tale indirizzo interpretativo trova pure sicuro conforto nella disciplina di cui all'art. 113 c.p., comma 2 e art. 114 c.p., che prevedono, nell'ambito delle fattispecie di cooperazione, l'aggravamento della pena per il soggetto che abbia assunto un ruolo preponderante e, simmetricamente, la diminuzione della pena per l'agente che abbia apportato un contributo di minima importanza. Tale ultima contingenza, evocando appunto condotte di modesta significatività, sembra attagliarsi perfettamente al caso di condotte prive di autonomia sul piano della tipicità colposa e quindi non autosufficienti ai fini della fondazione della responsabilità colpevole».

113 Come risaputo, tradizionalmente, il sistema penale spagnolo fonda l'istituto del concorso sulle figure di autore e complice (sul nuovo codice, nella sterminata letteratura, vd. J. CEREZO MIR, *Autoría y participación en el nuevo Código penal español*, in *Nuevo Foro Penal*, 64, 90 ss). In particolare, si rammenta che l'art. 28 definisce come "autores" coloro che realizzano il fatto di reato, individualmente o unitamente ad altri soggetti, coloro che si avvalgano a tal fine di altro soggetto (c.d. "autore mediato"), gli istigatori nonché i concorrenti necessari. Di contro, il successivo art. 29 menziona i "cómplices", ovvero i soggetti che, non realizzando le condotte descritte all'articolo 28, "cooperano all'esecuzione del fatto con atti antecedenti o simultanei". Sotto il profilo del "concorso" colposo, dunque, il dibattito nel sistema spagnolo è oltremodo complesso, per via della carenza di una norma *ad hoc* (vd. M. PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, 1999; I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *La participación en el delito imprudente en el código penal español de 1995*, Madrid, 2007). In ogni caso, la dottrina maggioritaria, posta la necessità (ma non la sufficienza) di un nesso causale tra condotta colposa ed evento lesivo tipizzato, tende a risolvere il problema dell'imputazione nelle ipotesi di *imprudencia* riferibile ad una pluralità di soggetti mediante i parametri dell'imputazione oggettiva e, soprattutto, attraverso i criteri dello scopo di protezione della norma, delle sfere di competenza e del dominio del fatto (su questi temi, per una davvero ampia bibliografia, vd. R. ROBLES PLANAS, *Participación en el delito e imprudencia*, in *Rev. Der. Pen. Crim.*, 2002, 223 ss). Si è posto, peraltro, tra gli studiosi della materia il problema della trasferibilità delle categorie concorsuali di autoria e partecipazione nel contesto degli illeciti colposi. Quanto ai reati causalmente orientati, coloro che (vd., ad esempio, R. ROSO CAÑADILLAS, *Los criterios de autoría en el delito imprudente*, in *Der. Pen. Crim.*, 2004, 227 ss, spec. 244. Si tratta, però, dell'impostazione largamente maggioritaria) sostengono tale tesi (aderendo, dunque, ad una concezione "restrittiva". Sul punto vd. H.D. OROZCO LÓPEZ, *Participación imprudente: un breve esbozo de la problemática*, in *Rev. Inv.*, 2009, 87 ss) giungono, dunque, a ritenere che "autore" sia il soggetto che pone in essere la porzione maggiore del rischio (si parla di "azione centrale" o "nucleare") poi sfociato nell'evento lesivo. Su tale linea, allora, si ritengono configurabili ipotesi di *autoria directa unipersonal imprudente*, *autoria mediata colposa*, *coautoría imprudente* (che ha, come



4. *Segue. L'imputazione obiettiva e l'autoesposizione a pericolo da parte del paziente.*

Una delle più note declinazioni della teoria dell'imputazione oggettiva, come si è accennato, è rappresentata dall'esclusione della responsabilità, a determinate condizioni, nel caso in cui all'attivazione di una situazione di rischio non consentito segua l'autoesposizione a pericolo (volontaria o imprudente) da parte della vittima, allorquando, cioè, l'evento tipizzato dalla norma incriminatrice non sia estraneo al comportamento realizzato dalla persona offesa, che si rivela causa "prossima"¹¹⁴.

Si tratta, per sintetizzare, di ipotesi in cui viene chiamato in campo il c.d. "principio di autoreponsabilità", in base al quale ciascun individuo sarebbe tenuto a preservare un bene giuridico di cui egli stesso è titolare e che, in realtà, è richiamato dagli studiosi della materia, più in generale, per definire quelle situazioni in cui l'evento, per l'effetto del comportamento

presupposto, in ogni caso, un previo accordo) e *coautoria accesoria* (che la giurisprudenza spagnola definisce come "concorso di colpe", che si manifesta allorquando il fatto si concretizza per l'effetto di azioni colpose indipendenti riferibili a diversi soggetti). Tali considerazioni si legano, poi, all'affermazione per la quale, in difetto di norme specifiche, le forme di partecipazione (e, in particolare, l'istigazione) non sarebbero configurabili nel contesto colposo, con ogni consequenziale effetto in termini di impunità (così anche D.M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, op. cit., 289. Analogamente M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, 1991). La linea sopra descritta è in grado di determinare, dunque, un'ampia riduzione del raggio d'azione del diritto penale, sulla quale si possono confrontare valutazioni di senso difforme da parte degli interpreti, in un'ottica di politica criminale. Quel che, però, sembra destare dubbi difficilmente superabili è la necessità di individuare, sostanzialmente, una condotta colposa "principale" (in termini di disvalore e di produzione del rischio) rispetto ad altra "accessoria". Si è, peraltro, al cospetto di criteri che possono rivelarsi materiale assai plastico nelle mani dell'interprete. Si pensi, ora, all'ipotesi dell'infermiere che, in sala operatoria, ometta di prelevare uno strumento chirurgico già impiegato in un intervento, palesemente macchiato di sangue, peraltro infetto, e del chirurgo che, pur potendosi avvedere di tale dimenticanza (anche per via dell'assenza dell'involucro protettivo, indicativo della sterilizzazione) impieghi l'arnese nel corso di una successiva operazione, infettando il malcapitato paziente. In un caso simile: quale la fonte di rischio "principale" che determinerebbe l'autoria e, dunque, la responsabilità (in un contesto in cui una distinzione in termini di grado della colpa appare del tutto arbitraria)? Sembra ormai chiaro, dunque, che la scarsa frequenza degli addebiti colposi nel contesto cooperativo, emergente dall'esame della casistica giurisprudenziale, derivi da una serie di fattori convergenti, tra cui vi è da segnalare, per l'appunto, anche l'approccio dottrinale al tema.

114 Tra i tanti lavori sul tema si può citare H.J. RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, in *JuS*, 1969, 549 ss; C. ROXIN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in *AA.VV., Festschrift Gallas*, Berlin - New York, 1973, 241 ss. Per un quadro comparatistico ed altri riferimenti bibliografici vd. M. HELFER, *L'autoreponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio?*, 9 aprile 2020, in www.archiviopenale.it; ID., *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoreponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, 9 dicembre 2020, in www.lalegislazionepenale.eu.



tenuto dal titolare del bene giuridico offeso medesimo, “fuoriesce” dalla “sfera di competenza” del soggetto gravato dalla *Garantenstellung*¹¹⁵.

Tale questione è stata abbondantemente indagata dalla dottrina tedesca e da quella nostrana¹¹⁶, con approcci che conducono all’esonazione della responsabilità o sotto il profilo del difetto di tipicità ovvero della carenza di antiguridicità¹¹⁷.

Sulla scorta dell’elaborazione tedesca, dunque, alcuni studiosi spagnoli che (in un contesto che, comunque, ha fatto registrare negli ultimi decenni una progressiva sensibilizzazione rispetto al ruolo della vittima nel contesto dell’illecito penale)¹¹⁸ hanno affrontato tale complessa questione ritengono che, in base alla *objektive Zurechnungslehre*, potrebbe riconoscersi efficacia trapassante a esposizioni a pericolo, da parte della vittima, volontarie o, comunque, connotate da una imprudenza particolarmente grave, poiché, sostanzialmente, si tratterebbe di fattori idonei a determinare uno stravolgimento della situazione di rischio attivata da altri¹¹⁹.

Volgendo lo sguardo ai repertori giurisprudenziali, si può riferire, allora, che con la sentenza STS, Sez. II, 4 luglio 2003, n. 866/2003, il *Tribunal Supremo* ha statuito, in linea di principio, che, a seguito dell’attivazione di una situazione di rischio per l’integrità psico-fisica della vittima, *tanto* il successivo errore nella gestione del rischio da parte di altro garante *quanto* l’incuria della vittima medesima (*id est*, ipotesi di *concurrència de culpas*)¹²⁰ rappresenterebbero delle circostanze non *imprevedibili* da parte del reo, così come esse dovrebbero ritenersi generalmente inidonee a spezzare la catena causale e a superare la situazione di pericolo già attivata.

Con un più recente arresto, la Corte di cassazione spagnola, inoltre, ha stabilito che «non tutte le relazioni causali tra la condotta e un risultato dannoso sono sufficienti per integrare il

115 M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, *passim*; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 476 ss; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, Torino, 2015, 221 ss. Nella dottrina di lingua spagnola vd. M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima en actividades arriesgadas*, Barcelona, 2001; M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, 2009.

116 Vd. tra i tanti A. CASTALDO, *L’imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, Napoli, 1989, 201 ss; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 322 ss; C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011, 289 ss; E. MEZZETTI, *Autore del reato e divieto di “regresso” nella società del rischio*, op. cit., 210 ss.

117 Vd. O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, *passim*; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna, 2008; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato*, op. cit., *passim*.

118 Vd. M. BONET ESTEVA, *La víctima del delito*, Madrid, 1999, *passim*.

119 D.L. ALAS ROJAS, *Comportamento de la victima del delito: la autopuesta en peligro*, in *Der. Cam. Soc.*, 2005, 1 ss; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della conditio sine qua non e rilevanza dei percorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, diffusamente.

120 Su cui vd., nella manualistica, J. CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general*, II, Madrid, 2009, 412 ss.



tipo penale. Una connessione causale con il danno, pur essendo un requisito inderogabile, è di per sé insufficiente ad attribuire la responsabilità per un evento tipico. Il comportamento del soggetto attivo deve presentare altri due collegamenti con le conseguenze dannose: l'azione deve aver creato un pericolo legalmente disapprovato; il risultato di detta azione deve rappresentare la realizzazione del medesimo pericolo (giuridicamente deprecato) creato dall'azione. Quando si tratta di rischi consentiti è assente un requisito necessario, dovendosi escludere la tipicità della condotta. Meritano menzione anche i casi coperti dal principio di affidamento (*principio de confianza*), secondo il quale non interverrà alcun addebito nel caso in cui un soggetto abbia agito confidando che altri avrebbero tenuto un comportamento nei limiti del rischio consentito. In tale novero rientrano le esclusioni motivate da ciò che viene dottrinalmente chiamato il divieto di regresso (*prohibición de regreso*), poiché l'imputazione esige che il rischio sia creato dall'azione del reo, materializzatosi nel risultato. Nel caso in cui la vittima si esponga ad un pericolo che *deriva direttamente dalla propria azione*, il risultato prodotto verrà imputato a tale ultimo soggetto, secondo il principio di "autolesionismo" (*autopuesta en peligro*) o "principio di autoresponsabilità" ("*principio de la propia responsabilidad*")»¹²¹.

121 STS, Sez. I, 19 luglio 2021, n. 630/2021. In senso analogo vd. STS, Sez. I, 21 giugno 2017, n. 2518/2017: «la creazione di un pericolo giuridicamente disapprovato è assente quando si tratta di rischi consentiti, che escludono la tipicità della condotta che li crea, e accanto a questi vi sono i casi di riduzione del rischio, in cui l'autore agisce in modo causale rispetto ad un risultato realmente avvenuto, ma allo stesso tempo evitando la produzione di un risultato più dannoso. Vanno menzionati anche altri casi di rottura dell'imputazione oggettiva, tra cui possono rientrare quelli rientranti nel principio di affidamento, secondo il quale non verranno attribuiti gli eventi a colui che ha agito confidando che gli altri rimangano entro i limiti del pericolo consentito, con le esclusioni motivate da quello che dottrinalmente viene chiamato divieto di regresso». Tuttavia, si vedano i rilievi spesi dalla Corte nella sentenza STS, Sez. II, 9 maggio 2011, n. 353/2011, che ha scrutinato il caso di una donna che, al fine di sfuggire ad un'aggressione sessuale, si era gettata da una finestra, riportando lesioni. In questo caso, la Cassazione ha ritenuto sussistente il nesso con l'evento rilevando che: a) la situazione di rischio fosse stata provocata dall'imputato; b) il compimento da parte della vittima di condotte autoprotettive non fosse imprevedibile; c) la scelta della vittima, al fine di autotutelarsi, non si sarebbe rilevata incongrua o sproporzionata rispetto alla situazione di rischio per la propria sfera personale; d) l'opzione attuata dalla vittima dell'aggressione, lungi dal potersi qualificare come "volontaria", sarebbe stata univocamente dettata dalla situazione di pericolo ingenerata dal reo. Sulla tendenziale irrilevanza, in termini di causa "trapassante", dell'autoesposizione a pericolo ad opera della vittima nell'ordinamento italiano vd., invece, tra i tanti contributi, O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 maggio 2019; A. DE LIA, *Omicidio preterintenzionale, interferenza di fattori causali sopravvenuti e prevedibilità dell'evento-morte. Note a margine del "caso Cucchi*, 1 agosto 2022, in www.archiviopenale.it. Per le più recenti pronunce della suprema Corte vd. Cass., Sez. IV, 31 marzo 2016, n. 18787 che ha escluso *in radice* la natura sorpassante della condotta di autoesposizione a pericolo del paziente laddove questi agisca sulla base di una erronea valutazione del quadro clinico compiuta dal medico (trattandosi, evidentemente, di autoesposizione non volontaria e correlata alla situazione di rischio provocata dal professionista). In senso analogo vd. Cass., Sez. IV, 17 febbraio 2022, n. 8464. Si veda anche Cass., Sez. V, 2 luglio 2014, n. 35709, secondo la quale l'autoesposizione della vittima non spezzerebbe il nesso causale con la condotta tenuta da altri che



Con altra pronuncia¹²², il *Tribunal Supremo*, peraltro, ha esaminato il caso di un medico che era stato imputato e condannato per lesioni colpose, avendo il professionista, specialista in ortopedia, eseguito un intervento errato, per via della scorretta individuazione del ginocchio che avrebbe dovuto essere operato.

La Corte, più di preciso, dopo aver sviluppato un'ampia disamina della teoria dell'imputazione oggettiva e delle impostazioni che ne costituiscono varie appendici, tra le quali quella della capacità esimente della condotta di autoesposizione a pericolo della vittima, ha osservato come l'errore chirurgico fosse stato determinato (o, meglio, "co-determinato") dall'anamnesi e dalle indicazioni fornite al chirurgo nell'occasione dalla medesima persona offesa. Sicché, è stata confermata la sentenza assolutoria impugnata, essendo stato rilevato che il comportamento di autoesposizione a pericolo da parte della paziente avrebbe influito sulla condotta del professionista, tanto da dover condurre a concludere che questa fosse stata caratterizzata da "colpa lieve", non punibile, per quanto si dirà da qui a breve, nell'ordinamento giuridico spagnolo.

In ogni caso, vi è da notare che l'autoesposizione della vittima a pericolo, nell'ordinamento giuridico in disamina, nella visione delle Corti, costituisce una causa eccezionale di esclusione della responsabilità, quale fattore eziologico sorpassante, anche per via di quanto dispone il citato art. 114 c.p.¹²³; difatti, la giurisprudenza spagnola, proprio facendo leva sul tenore letterale di tale disposizione, ha più volte negato che nel settore penale possa essere applicato il principio della *compensación de culpas*, statuendo che «l'ambito di applicazione del suddetto articolo si riferisce a quei casi - dolosi o colposi - in cui il contributo della vittima all'evento, e quindi alla sua stessa vittimizzazione, non è né causalmente né penalmente rilevante, né dovrebbe quindi trovare riscontro nelle pronunce penali, ma tuttavia esso può aver agevolato il reato, ed è in tale situazione che può essere esercitato il potere discrezionale di riduzione dell'entità del risarcimento»¹²⁴.

Sicché, dall'analisi della casistica giurisprudenziale, se ne può dedurre, in conclusione, come: a) l'attivazione di una situazione di rischio riprovato rappresenti, per le Corti, un fattore imputativo "centrale", che può essere superato soltanto in casi del tutto eccezionali, laddove

abbiano realizzato una situazione di rischio per la vita o l'integrità psicofisica altrui, in quanto «l'omesso rispetto da parte della vittima delle cure e delle terapie prescritte dai sanitari non elide il nesso di causalità, non integrando detta omissione un fatto imprevedibile od uno sviluppo assolutamente atipico della serie causale».

122 STS, Sez. I, 9 marzo 2023, n. 169/2023.

123 Si tratta, dunque, di un approccio di tipo "paternalistico". Vd., M. CANCIO MELIÁ - M. PÉREZ MANZANO, *Principios del derecho penal*, in J.A. Lascaraín Sánchez (diretto da), *Manual de Introducción al derecho penal*, Madrid, 2019, 77-78.

124 STS, Sez. I, 22 giugno 2022, n. 3153/2022. Per quanto concerne il panorama italiano, circa la natura "residuale" della previsione di cui all'art. 62 n. 5 c.p. (ovverosia come norma applicabile nei casi di carenza di valore sorpassante della condotta della vittima nel prisma dell'art. 41 c.p.), nella manualistica, vd. A. PAGLIARO, *Il reato*, in Trattato diretto da Id., C.F. Grosso e T. Padovani, I, Milano, 2007, 313; G. DE VERO, *Corso di diritto penale I*, Torino, 2012, 634; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, anche a cura di G.L. Gatta, Milano, 2017, 599 ss. Sul tema del concorso di colpe vd., altresì, D. GUIDI, *In tema di concorso di colpe e principio di responsabilità penale*, in *Studium Iuris*, 2004, 1325 ss.



la vittima (nel nostro caso, il paziente) attivi una situazione di pericolo non direttamente correlata a quella iniziale (e di tale abnormità da fuoriuscire dalla proiezione della regola cautelare violata, risultando, altresì, esterna alla “sfera di competenza” del garante ed imprevedibile) che sfoci nell’evento finale tipizzato dalla norma incriminatrice di riferimento; b) l’eventuale co-produzione della situazione di rischio da parte del titolare del bene giuridico offeso può ripercuotersi sul grado della colpa del personale sanitario, determinando l’impunità (fermi gli effetti civili dell’illecito); c) il ruolo della vittima, in termini di co-produzione dell’evento, può essere valutato, in caso di integrazione della responsabilità penale del garante, in termini risarcitori-indennitari.

5. La colpa.

Quanto al “contenuto” della colpa, in Spagna - a seguito della crisi della concezione *psicologica* ottocentesca, caratteristica della teoria classica del delitto (fondata sull’elemento volontaristico, che si mostrò in difficoltà in riferimento alle ipotesi di colpa incosciente)¹²⁵, nonché di talune concezioni normative di inizio ‘900 (talora sbilanciate sul profilo della rimproverabilità della condotta, in termini di mera *infracción del deber de cuidado*)¹²⁶, dell’impaccio della teoria finalistica dell’azione di matrice welzeliana rispetto alla “spiegazione” di tale forma di illecito¹²⁷, ad uno con le aporie del modello condizionalistico puro, nell’ambito delle tesi diffuse fino agli anni ‘30¹²⁸- una parte degli studiosi (perlomeno a partire dagli anni ‘60 dello scorso secolo)¹²⁹ cominciò ad abbracciare la teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento, di matrice tedesca¹³⁰ che, come si è già anticipato, è stata accolta dalla

125 Su questi temi vd. D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 646 ss; più di recente A. FIORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel ‘900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 2015, 173 ss. Nella letteratura spagnola vd. J.A. SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en derecho penal*, Granada, 1965, 9.

126 Che ebbero verosimilmente origine dall’opera di R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriff*, in *Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, Gießen, 1907, e che si affermò in Spagna soprattutto a partire dagli anni ‘20. Vd. D.M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, op. cit., 279. Su questo tema vd. anche T. PADOVANI, *Gli elementi obiettivi di colpevolezza*, 27 aprile 2021, in www.archivioopenale.it.

127 J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente: doctrina general y regulación*, Madrid, 1991, 42 ss; H.J. HIRSCH, *Sulla dottrina dell’imputazione oggettiva dell’evento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, 745. Sugli apporti alla dottrina della colpa della teoria finalistica vd. però J. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, Madrid, 1990, 161 ss. Sulle criticità della teoria finalistica nella proiezione del diritto penale del fatto e del rispetto del principio di offensività, quale limite all’intervento penale, vd. E. SOLA RECHE, *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*, in *An. Der. Pen. Cienc. Pen.*, 1994, 167 ss.

128 Allorquando apparve l’influente opera K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, tradotta subito dopo anche in lingua spagnola.

129 In particolare, vd. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.

130 S. MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. En modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología*, Madrid 2001; L.M. URIARTE VALIENTE, *Estudio jurisprudencial de la imprudencia punible y su clases*, in *Bul. Num.*, 2004, 1209 ss; L. ARROYO ZAPATERO, *El delito imprudente*, in *Id. (a cura di), Curso de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2016, 319 ss.



giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, soprattutto a partire dai primi anni '80¹³¹. Posta, dunque, l'esigenza di un superamento della logica del *versari in re illicita*¹³² - in termini di responsabilità per mera violazione di una regola cautelare e/o di collegamento causale tra condotta, attiva o omissiva, ed evento tipizzato dalla norma incriminatrice - la *objective Zurechnungslehre*, attraverso le proiezioni dell'*erlaubtes Risiko* (rischio consentito), del *pflichtmissiges Alternativverhalten* (comportamento alternativo lecito) e della *Schutzzwecklehre* (teoria dello scopo di protezione della norma), si propose, allora, di fornire - specie a seguito della larga diffusione degli studi di Claus Roxin degli anni '70¹³³ - uno strumento limitativo del campo applicativo del diritto penale, anche nel contesto dell'illecito colposo, già al livello della *tipicidad*¹³⁴.

L'idea di fondo di talune di queste (davvero variegata) impostazioni è rappresentata dal fatto che la regola cautelare, oggetto di infrazione, implichi la *previsibilidad* dell'evento lesivo, tanto che si parla di *previsibilidad objetiva*¹³⁵. Ciò nonostante, la gran parte degli autori che hanno abbracciato la sopra richiamata teoria, comunque, ha rimarcato, sebbene attraverso costruzioni assai diversificate, come il rimprovero per *imprudencia* imporrebbe, altresì, la sussistenza in capo al reo della possibilità di prevedere, più a monte, la situazione di rischio, dalla quale deriva l'obbligo dell'adozione di contromisure dettate da fonte scritta o dall'esperienza, nonché la possibilità di adottarle e, dunque, di evitare l'evento (*previsibilidad subjectiva*). Il tutto secondo le linee individuate da quella che, in Italia, è denominata la "misura soggettiva" della colpa¹³⁶.

Diversi autori, in particolare, hanno richiamato espressamente, con riguardo a prevedibilità ed evitabilità, il concetto di "*exigibilidad*"¹³⁷. Così, si è affermato che: «non deve dimenticarsi,

131 Vd. STS, Sez. II, 20 maggio 1981, n. 2247/1981.

132 J.A. SÁINZ CANTERO, *El desenvolvimiento histórico-dogmatico del principio de "no exigibilidad"*, in *An. Der. Pen. Cienc. Pen.*, 1960, 419 ss.

133 Vd. C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Honig*, 1970, 133 ss.

134 A. TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, in *An. Der. Pen. Cien. Pen.*, 1986, 33 ss; G. JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires, 1997, spec. 49 ss.

135 Locuzione che, per la verità, potrebbe apparire quasi un ossimoro.

136 M. MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada, 2002. Il che spiega come una parte della dottrina nostrana abbia evidenziato come le linee della teoria dell'imputazione oggettiva siano assimilabili a quelle caratteristiche della tradizionale dogmatica della colpa. Vd. G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, 3 ss; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milanofiori - Assago, 2017, 173.

137 Ad esempio, M. COBO DEL ROSAL - T. VIVES ANTON, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, 1996, 617 ss; T. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*, Granada, 2004. Sulle origini del principio nel contesto della scienza penalistica tedesca vd. A. TORÍO LÓPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, in *An. Der. Pen. Cienc. Crim.*, 1974, 25 ss; M.L. MAQUEDA ABREU, *Exigibilidad y derecho a no declararse culpable*, in *An. Der. Pen. Cienc. Pen.*, 1991, 25 ss. Sul concetto di inesigibilità, nella letteratura italiana, vd. G. FORNASARI, *Il*



d'altra parte, la necessaria concorrenza di un altro elemento qualificante il fatto colposo. L'esigenza di comportarsi secondo un obbligo di diligenza può avere un senso se sussiste la possibilità di una previsione concreta del fatto tipico. Se manca questo elemento, difetta la base minima per muovere un rimprovero all'individuo»¹³⁸.

Il tutto anche se, in effetti, occorre notare come il "peso" di tale valutazione appaia nel pensiero di alcuni studiosi del diritto penale spagnolo assai relativo, nel senso che, nell'economia del rimprovero per *imprudencia*, sembra assumere, talvolta, un ruolo prevalente l'accertamento della violazione della regola cautelare¹³⁹. Il che si riflette sugli orientamenti giurisprudenziali, tanto è vero che dall'esame dei repertori emerge come il *Tribunal Supremo* non abbia mai affrontato *ex professo*, perlomeno nel contesto della responsabilità medica per fatti di omicidio o lesioni, il rapporto tra *imprudencia* ed *exigibilidad*¹⁴⁰.

In ogni caso, tra le (invero poche) sentenze che hanno esaminato il tema, seppur attraverso dei brevi passaggi, si può segnalare (la ormai abbastanza risalente) STS, Sez. II, 26 settembre 1997, n. 895/1997, intervenuta su un caso di responsabilità penale da prodotto, per la quale l'essenza dell'illecito colposo sarebbe rappresentata da: a) la carenza di volontà del reo di provocare l'evento; b) la violazione di una *norma de cuidado*; c) il nesso causale tra condotta ed

principio di inesigibilità nel diritto penale, Padova, 1990, 320 ss. Più di recente, con riferimento all'illecito colposo, vd. ANT. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, Napoli, 2020, parte III, cap. III.

138 J. DE VICENTE REMESAL - V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El medico ante el derecho penal*, op. cit., 152.

139 Nella manualistica, vd. M.I. RAMOS TAPIA, *La tipicidad*, in M.R. Moreno-Torres Herrera (diretto da), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, op. cit., 127: «deve puntualizzarsi che, una volta affermata l'imputazione di un risultato lesivo ad una azione, seguendo i criteri dell'imputazione oggettiva, e negata l'esistenza del dolo, generalmente si dovrà affermare l'imprudenza, quindi, se l'autore ha creato un rischio giuridicamente disapprovato dal punto di vista dell'osservatore oggettivo, collocandosi *ex ante* rispetto al fatto nella posizione dell'autore, con tutti i saperi relativi alla situazione concreta e quelli speciali posseduti dall'autore, sarà normale che tale rischio sia stato prevedibile ed evitabile anche da parte dell'autore». Sulla prevalenza della violazione della regola cautelare nell'economia dell'illecito colposo vd. anche C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, op. cit., spec. 377. Per una spiccata valorizzazione del nucleo normativo vd., in precedenza, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, nonché F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993. Per quanto riguarda, invece, l'importanza del "momento soggettivo" vd. G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977/78, 275 ss; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 73 ss; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa: garanzia e sistematica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 124 ss. Nella manualistica, per tutti, vd. A. MANNA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021, 504 ss. Su questi temi vd., inoltre, P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003; F. CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1626 ss.

140 Sulla penetrazione del concetto di esigibilità nel contesto della scienza penalistica spagnola vd. anche A. PERIN, *Imprudencia penal médica. Definición criteriológica de un modelo de imputación deontico y liberal*, in Id. - C.M.R. Casabona (a cura di), *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, Granada, 2020, 117 ss.



evento; d) il rapporto di strumentalità tra regola cautelare violata ed evento; e) «la previsione o la possibilità da parte del soggetto agente di prevedere che dalla condotta potesse derivare un danno».

Talora, peraltro, la giurisprudenza distingue un *deber de cuidado en externo y interno*: con il primo termine, in particolare, si intenderebbe indicare l'obbligo di conformazione promanante da una norma comportamentale; con il secondo, invece, la possibilità per il soggetto obbligato di prevedere e, conseguentemente di evitare, la situazione di rischio. Così, con un recente arresto¹⁴¹, la Corte di cassazione spagnola ha stabilito che: «*así pues se cumplimentan los elementos del delito imprudente, del que indica la jurisprudencia, aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado*»¹⁴². Nella stragrande maggioranza dei casi, però, prevedibilità ed evitabilità vengono esaminate dalle Corti spagnole soltanto al fine di modulare il grado della colpa, nel senso che «*desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto*»¹⁴³, anche se, in effetti, negli ultimi anni si può registrare il timido emergere di tendenze ad una maggiore valorizzazione degli elementi soggettivi del rimprovero colposo¹⁴⁴.

Così, ad esempio, con la sentenza STS, Sez. II, 22 luglio 2020, n. 421/2020, si è stabilito che: «*esistono diversi criteri per l'imputazione del risultato e il più importante sarà la teoria dell'aumento del rischio. Secondo essa è necessario che il risultato costituisca la realizzazione del rischio generato dall'azione e che la condotta del soggetto abbia aumentato la probabilità di produrre il risultato, confrontandolo con il pericolo accettabile nell'ambito del rischio consentito. Per la teoria dello scopo di protezione della norma, non vi sarà imputazione del risultato quando questo non rientri tra quelli che la norma indicata intende impedire. In altri termini, la norma che impone obblighi mira ad evitare determinati risultati e quando il risultato non è uno di essi significa che è fuori dal suo ambito di tutela e, di conseguenza, l'imputazione di tale risultato deve essere negata. Infine, la teoria dell'evitabilità, secondo la quale bisognerà chiedersi cosa sarebbe successo se il soggetto avesse agito conformemente alla norma. Se, nonostante ciò, cioè se anche se il soggetto avesse rispettato la norma il risultato si sarebbe comunque verificato, l'imputazione oggettiva del risultato dovrà essere negata. Nel delitto colposo la responsabilità è costituita dall'ignoranza individualmente evitabile del pericolo*

141 STS, Sez. I, 30 dicembre 2020, n. 721/2020.

142 Su questo tema, nella letteratura di lingua spagnola, vd. J.P. MAÑALICH RAFFO, *La imprudencia como estructura de imputación*, in *Rev. Sc. Pen.*, 2015, 13 ss (ma spec. 23).

143 Vd. STS, Sez. I, 22 giugno 2022, n. 2543/2002.

144 Vd. anche M.A. RUEDA MARTÍN, *La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa*, in *InDret*, 2009, 4, 1 ss.



specifico. Mancanza di conoscenza che gli è imputabile poiché avrebbe potuto prevedere il risultato, se il suo comportamento fosse stato adeguato all'obbligo di diligenza. Nella colpa senza previsione, in cui il soggetto non prevede quel risultato tipico, il reo aveva il dovere di prevederlo perché in quelle stesse circostanze un soggetto con condizioni personali simili lo avrebbe previsto. È il confine inferiore della colpa, quello che la separa da un evento fortuito». Con una statuizione ancor più recente, la Corte ha poi stabilito: «il tipo obiettivo di commissione mediante omissione richiede la produzione di un risultato tipico, la posizione di garante da parte del soggetto che abbia omissso l'azione dovuta, che l'omissione risulti causale rispetto alla produzione del risultato, la *capacidad del omitente para realizar la acción*, nonché la causalità ipotetica. Dalla circostanza che l'equivalenza è un elemento distinto dal dovere, deriverà che la necessità della sussistenza della possibilità di attuare una determinata condotta da parte del garante rispetto alla fonte di rischio e che l'azione inattuata sia capace di evitare il risultato secondo la causalità ipotetica»¹⁴⁵.

Quanto allo *standard* di diligenza impiegabile, anche in Spagna, ove si evoca il concetto di *hombre medio ideal* (per certi versi equivalente al tedesco *Mafsfigur*, nonché al nostrano *homo eiusdem condicionis et professionis*), la questione dell'individuazione del *deber de cuidado* ha fatto registrare contrasti di vedute ed accesi dibattiti. Sul punto, allora, taluni hanno osservato che si tratterebbe di «un dovere che impone certe obbligazioni di fare o di non fare, rispetto a criteri relativamente generali, non dipendenti dalla capacità personali concrete; il giudizio in ordine ad un'infrazione dipende principalmente dalla comparazione tra la condotta concretamente realizzata e lo spettro delle condotte dovute o imposte (spettro che può essere più o meno ampio, a seconda dei casi)»¹⁴⁶.

Quella dell'individuazione del parametro di diligenza è una questione di particolare complessità sotto molteplici e concorrenti profili. È ben risaputo, peraltro, che nella "modernità", il legislatore, per contrastare le proliferanti fonti di rischio per beni di alto rango, "codifica" norme comportamentali e, nel contempo, impone ai soggetti che esercitano attività rischiose l'adozione di regole cautelari carate a realtà peculiari (attraverso la c.d. "autonormazione"); tali regole, però, si rivelano, giocoforza, un mero "punto di partenza" nella valutazione dell'illecito colposo, nel senso che esse potrebbero rivelarsi inapplicabili nello specifico contesto di fatto (non solo, o non tanto, per via delle repentine evoluzioni delle scoperte nei settori interessati dalle regole, ma in ragione della cangiante componente dei fattori di rischio e della multifattorialità delle dinamiche causali), con conseguente ininfluenza esimente del loro adempimento¹⁴⁷.

La dottrina spagnola che si è impegnata nella ricostruzione della responsabilità sanitaria opera, dunque, un costante riferimento alla c.d. "*lex artis*", locuzione che indica il comportamento che il medico, in sede diagnostica e terapeutica, dovrebbe tenere in base al sapere scientifico disponibile, che in non rari casi si fonda su un bilanciamento tra benefici ed effetti lesivi obiettivamente prevedibili a carico della salute del paziente. La giurisprudenza, dal canto suo, però, ha tenuto a precisare, per l'appunto, che il parametro di riferimento

145 STS, Sez. I, 18 giugno 2021, n. 537/2021.

146 J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *El Riesgo permitido en derecho penal*, Madrid, 1995, 302.

147 Su questi temi vd. anche J. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, 1997, spec. 471.



sarebbe rappresentato dalla “*lex artis ad hoc*”, ovvero sia dalla regola tecnica applicabile non in astratto, bensì al contesto (non solo patologico) specifico¹⁴⁸.

Altro problema che, tradizionalmente, solleva il concetto di *hombre medio ideal* è quello dell’eventuale rilevanza delle conoscenze o delle capacità superiori¹⁴⁹ che, a ben considerare, si inserisce pienamente nell’eterna dialettica tra una costruzione dell’illecito colposo oggettivizzato ed una spiccatamente soggettivista. A tal proposito, allora, si può osservare che una parte della dottrina spagnola distingue i *conocimientos* dalle *capacidades superiores*, sostenendo che, in realtà, soltanto i primi (rappresentati da peculiari conoscenze sulle circostanze di fatto) potrebbero contribuire all’individuazione dello *standard* di diligenza (intesa in senso lato) esigibile, mentre le seconde non sarebbero rilevanti¹⁵⁰, secondo una linea sposata anche da alcuni studiosi italiani¹⁵¹.

Tornando, ora, alla violazione della regola cautelare, ovvero al nucleo “normativo” della colpa¹⁵², occorre rimarcare che una delle più rilevanti differenze rispetto al sistema nostrano è rappresentata dalla carenza di una “codificazione” delle norme comportamentali, ovvero sia di quelle che si possono definire, non senza approssimazione, *guidelines*. Si tratta, di norme che, fondate sulla logica della *Evidence Based Medicine* ed elaborate dalla comunità scientifica, indicano norme e procedure tecnico-operative da attuarsi in sede diagnostica e terapeutica,

148 Vd. STS, Sez. II, 8 giugno 1994, n. 4428/1994: «*la exigencia de responsabilidad al médico presenta varias dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por indefinición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales*». In dottrina, cfr. J.E. VÁZQUEZ LÓPEZ, *La lex artis ad hoc como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico*, *Cuad. Med. Leg.*, 2010, 179 ss; J.C. SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal médica por el hecho imprudente. El error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable*, in *Bull. Min. Just.*, 2008, 581 ss. Sull’argomento si veda anche C.M.R. CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, in *Rev. Jur. Cast. León*, 2007, 214 ss (spec. 227), ove si sottolinea (forse non a torto) che la locuzione sia “tautologica”, in quanto la *lex artis* assumerebbe un valore di riferimento, in ordine al *fallo técnico*, solo e soltanto nello specifico contesto di fatto.

149 Per un’ampia panoramica, con riferimenti tanto alla dottrina spagnola quanto a quella tedesca, vd. A.F. DÍAZ ARANA, *La relevancia de los llamado conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber subjetivo de cuidado*, in *Cuad. Der. Pen.*, 2014, 113 ss. Vd., altresì, G.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Sobre la consideración de los conocimientos especiales del sujeto en el juicio objetivo de peligro*, in AA.VV., *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, 2011, 627 ss.

150 Così D.M. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 284-285.

151 Così M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 73. Per una posizione difforme vd. F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell’agente-modello ai fini dell’accertamento processuale delle colpa generica*, 13 marzo 2021, in www.penalecontemporaneo.it.

152 Sul quale vd. J. CEREZO MIR, *El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, in *ADPCP*, 1983, 471 ss.



determinando in un certo senso la standardizzazione della pratica medica, con l'obiettivo di garantire una maggiore sicurezza del paziente¹⁵³.

La scelta attuata dal legislatore nazionale, già a partire dal c.d. "decreto Balduzzi" e culminata nella riforma attuata dalla c.d. "legge Gelli-Bianco", nella proiezione del rimprovero colposo in ambito sanitario, ha già formato oggetto di approfondite analisi, anche a livello monografico, che ne hanno posto in luce "pregi" e "difetti", tanto da rendere superflua, in questa sede, un'analisi *ex professo*¹⁵⁴. Valga considerare, tuttavia, che una delle ricadute più apprezzabili delle suddette riforme è rappresentata proprio dalla garanzia di una maggiore oggettività delle valutazioni, da parte degli esperti e della magistratura, nel contesto dei giudizi incardinati per *malpractice*¹⁵⁵.

Volgendo, allora, nuovamente, lo sguardo alla casistica giurisprudenziale spagnola, quel che emerge è, in sostanza, una scarsa valenza, nell'economia del giudizio di responsabilità per colpa del personale sanitario, delle regole e delle procedure riconosciute dalla comunità scientifica, nonché del parere degli esperti e, correlativamente, il ruolo preponderante del libero convincimento della magistratura giudicante che, peraltro, nello specifico contesto normativo, viene amplificato dalla previsione dell'irrelevanza penale della *culpa lieve*. Concetto questo che, già sul piano logico, attenendo ad un giudizio di valore, trasferisce in capo al giudice un potere di natura eminentemente discrezionale, fondato su intuizione e buon senso¹⁵⁶.

Sul punto, allora, si voglia osservare che con una recente pronuncia, il *Tribunal Supremo* ha stabilito, in linea generale, che: «in relazione alla perizia, come evidenzia la dottrina, si tratta di prove di apprezzamento discrezionale o libero, per cui, dal punto di vista normativo, la valutazione delle perizie è libera per la Corte, come, in generale, per tutta l'attività. La Corte è, quindi, libera nel valutare le opinioni degli esperti. Essa è limitata soltanto dalle regole di

153 M. BARNI, Evidence Based Medicine e medicina legale, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, 3 ss.

154 Per un'ampia panoramica si veda anche P. PICCIALLI (a cura di), *La responsabilità penale in ambito sanitario*, Milano, 2021.

155 Sul punto vd. C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 200 ss: «va annoverato tra gli aspetti da valutare con favore lo sforzo di tipizzare le fonti di riferimento per gli esercenti le professioni sanitarie (ma anche, di riflesso, per i giudici): come detto, ci si dovrà attenere esclusivamente alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi della legge e soprattutto elaborate da soggetti, per così dire, "accreditati". Avere sottratto al singolo medico (ma anche al giudice) il vaglio preventivo di credibilità e affidabilità delle fonti cui doversi attenere rappresenta uno sforzo apprezzabile, tenuto conto delle ben note obiezioni relative al numero elevato di linee guida elaborate dalle innumerevoli società scientifiche che intervengono, sovente su posizioni contrapposte, nei singoli ambiti di competenza, alimentando il timore di scelte postume, e cioè di una selezione *ex post* delle fonti per giustificare, anzitutto in sede processuale, la condotta medica». In argomento vd. anche M. COLACURCI, *La legge Gelli-Bianco: tra interpretazione correttiva della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2017, 1155 ss e, più di recente, D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, *passim*.

156 Su questo argomento, nella letteratura nostrana, vd., di recente, P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano, 2021.



una sana critica - che non sono incluse in nessun precetto, ma che, in ultima analisi, sono costituite dalle esigenze della logica, della conoscenza scientifica, delle massime dell'esperienza e, in ultima analisi, del buon senso - che, logicamente, impongono la necessità di tenere in considerazione, tra l'altro, la difficoltà della materia su cui si intende trattare il parere, la preparazione tecnica dei periti, la loro specializzazione, l'origine della scelta del perito, la sua buona fede, le caratteristiche tecniche del parere, fermezza dei principi scientifici e delle leggi applicate, contesto del rapporto (riconoscimenti, periodi di osservazione, prove tecniche effettuate, numero e qualità dei pareri iscritti agli atti, accordo o disaccordo tra gli stessi, esito della valutazione delle altre prove effettuate, ecc.). Si tratta di prove che assistono l'organo giurisdizionale nell'interpretazione e nella valutazione dei fatti»¹⁵⁷.

Il che evidenzia, in un settore particolarmente complesso come quello della responsabilità medico-chirurgica, come il sistema spagnolo "soffra" della medesima patologia della quale era affetto, fino a qualche tempo fa, quello italiano, ovvero sia l'indisponibilità di parametri di riferimento in sede giudiziale, tali da limitare l'arbitrio giudiziale, anche in ragione della naturale capacità espansiva della colpa generica, con ogni consequenziale effetto, tra l'altro, sulla (scarsa) prevedibilità delle decisioni giudiziarie e sul (limitatissimo) controllo della loro correttezza in sede di legittimità¹⁵⁸.

Quanto, ancora, all'elemento psichico, nell'ambito della responsabilità sanitaria per fatti di omicidio o lesioni, si può aggiungere che nel sistema penale spagnolo l'*imprudencia* (termine, a partire dal varo del codice del 1995, equivalente alla nostrana "colpa"), che è stata sottoposta a particolari approfondimenti dottrinali soprattutto¹⁵⁹ in tempi recenti¹⁶⁰, è tradizionalmente oggetto di discipline imperniate sul grado della colpa che, ispirandosi all'idea dell'*extrema ratio* e della proporzionalità, importano l'irrelevanza penale di forme di *imprudencia levissima*¹⁶¹.

157 STS, Sez. II, 11 febbraio 2015, n. 54/2015.

158 Su questi temi vd. A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012. Più di recente, L. CARRARO, *Il medico dinnanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all'imputazione colposa*, Torino, 2022.

159 Vd., per le opere pubblicate a partire dalla fine degli anni '50, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, 1958; M. LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, Barcelona, 1960; R. NUÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, Salamanca, 1975. Non a caso, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, II, Buenos Aires, 1963, 675, con riferimento al panorama latino-americano, segnalò come la colpa rappresentasse, nel recente passato, una solta di "figliastra" della scienza penalistica.

160 Vd., tra gli altri, B. FEIJO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el código penal de 1995*, in *Cuad. Pol. Crim.*, 1997, 303 ss; J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998; A. GIL GIL, *El delito imprudente. fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007; C. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona, 2012.

161 Per un'ampia ricostruzione storica della disciplina dell'illecito colposo nel sistema penale spagnolo, nella letteratura italiana, si veda il contributo di A. CAPPELLINI, *Imprudencia grave*, in M. Donini (diretto da), *Reato colposo. Enciclopedia del diritto. I tematici*, Milano, 2021, 656 ss.



Il codice penale del 1995, abbandonando la nomenclatura precedente (ovverosia, la distinzione tra *imprudencia temeraria* e *simple*) ed impiegando i termini *imprudencia grave* e *leve* (con contestuale, vasta depenalizzazione di condotte sorrette da tale, più blanda, forma di colpevolezza), operò una modulazione fondata anche sulla distinzione tra delitti e contravvenzioni. Peraltro, nel contesto delle lesioni, tali criteri si intrecciarono con quello della gravità del pregiudizio arrecato all'integrità psicofisica¹⁶².

Tale sistema, tuttavia, non rimase esente da critiche che, in estrema sintesi, si fondarono su due diversi ordini di rilievi; in primo luogo, sulla necessità di una maggiore conformazione del sistema alla logica della *intervención mínima* del diritto penale (oltre che di quella deflattiva), essendo stata prospettata, in ottica *de lege ferenda*, la depenalizzazione *tout court* delle ipotesi di responsabilità per *imprudencia leve*¹⁶³.

In seconda battuta, sulla constatazione della circostanza che il legislatore non solo non avesse provveduto a definire il concetto di colpa, ma che non fosse stato neppure fornito all'interprete alcun criterio distintivo tra la colpa grave e quella lieve¹⁶⁴. Il che, sostanzialmente, oltre a porsi in contrasto con l'esigenza di rispetto del principio di legalità, sul piano pratico, aveva dotato le fattispecie sorrette da *imprudencia leve* di una perniciosissima *vis atractiva*, tale da provocare, in sede pretoria, da un lato una frequente degradazione delle ipotesi di *imprudencia grave*, dall'altro una riconduzione (dettata dall'esigenza di evitare vuoti di tutela penale, ovverosia da scelte di politica criminale attuate in sede giurisprudenziale) di forme di colpa assai tenue (*levissima*) nell'alveo della colpa lieve e dell'illecito contravvenzionale¹⁶⁵. Tali rilievi critici finirono, però, coll'inserirsi in un dibattito politico e dottrinale assai articolato, che fece emergere anche una linea di pensiero radicalmente contraria alla depenalizzazione e per la quale, di converso, il sistema avrebbe dovuto essere modificato nella direzione di una maggiore estensione dell'egida del *derecho penal*, per via della necessità di implementare i mezzi di tutela della vittima, in considerazione dei crescenti rischi del progresso tecnologico e, più in generale, della "modernità"¹⁶⁶.

162 Vd. J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones*, Madrid, 2006, 38 ss.

163 Su questi temi vd. L. MORILLAS CUEVA, *La complicada distinción entre la imprudencia grave y menos grave en los delitos de homicidio y lesiones*, in AA.VV., *Libro homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, 773 ss.

164 Sul punto, in giurisprudenza, vd. STS, Sez. II, 4 luglio 2003, n. 4710/2003: «en nuestro derecho positivo no hay módulos legales que sirvan para medir la intensidad de la imprudencia a los efectos de calificarla como grave (temeraria, decía el CP anterior) o leve (simple, según tal código de 1973). Sin duda alguna, el criterio fundamental para distinguir entre ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal deber constituye el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible. Pero este criterio es demasiado genérico como para que pueda servir en los casos dudosos a los efectos de encuadrarlos en una u otra de tales dos modalidades. Hay que estar a las circunstancias del caso concreto. Son las que sirven de guía para calificar una conducta imprudente como grave o como leve».

165 M. PANTALEÓN DÍAZ, *Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito*, in Aranzadi, 2019, 55, 145 ss.

166 In argomento, vd. B. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001; C.M.R. CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, 2005.



Si giunse, così, alla già citata *Ley Organica* n. 1/2015 che, unitamente a molte altre, pervasive modifiche al sistema, nonché di singole fattispecie incriminatrici, abolite le *faltas*, ha introdotto l'inedita figura dell'*imprudencia menos grave*, caratteristica delle ipotesi di omicidio e lesioni (gravi, perché riferite ai casi di cui agli artt. 149 e 150 c.p.), qualificate come delitti (vd. art. 142 comma 2 e 152 comma 2 c.p.), seppur puniti con sanzioni pecuniarie (*multa*) e procedibili a querela, con conseguente irrilevanza penale delle ipotesi di omicidio e lesioni connotate da colpa lieve¹⁶⁷. Tuttavia, come per il vero sarebbe stato facilmente prevedibile, la scelta attuata dal legislatore ha posto sotto gli occhi dell'interprete un quadro particolarmente incerto e problematico, in ragione della circostanza che il *discrimen* tra *imprudencia grave* e *menos grave* è di assai difficile definizione¹⁶⁸, così come assai difficilmente definibile è, "verso il basso", la linea di confine tra quest'ultima e forme di *imprudencia* non punibile. Sul punto si è, allora, osservato (tenendo conto della *ratio* della novella, come emergente dal dibattito politico che l'ha preceduta e dai lavori preparatori) che «*el nuevo delito de homicidio por imprudencia menos grave, tanto por el cambio de nomenclatura como por el sensible incremento de penas que implica, exige un grado de negligencia sensiblemente mayor que el de la derogada falta de homicidio por imprudencia leve. Por conseguinte, la nueva figura se ubica en una franja a ambos lados de la antigua frontera entre la imprudencia grave y leve, lo que implicaría la efectiva depenalización de la mayoría de faltas de homicidio. Sin embargo, no es descartable que, dadas la dificultades de delimitación y la necesidades prácticas, se acabe produciendo un simple cambio de etiquetas, de manera que la imprudencia menos grave simplemente venga a ocupar el lugar de la vieja falta de homicidio por imprudencia leve*»¹⁶⁹. Così, per supplire alle deficienze delle formulazioni normative, si è affermato che il grado della colpa dovrebbe, comunque, essere valutato attraverso tutte le circostanze del caso concreto, mediante il ricorso ad alcuni indicatori, come la pericolosità della condotta tenuta rispetto al valore del bene giuridico in gioco, la capacità del soggetto di dominare la situazione di rischio, il *gap* tra il comportamento doveroso e quello tenuto dal reo, la particolare posizione di garanzia assunta dal soggetto, la previsione dell'evento non voluto¹⁷⁰, e così via¹⁷¹.

167 P. FARALDO CABANA, *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*, Valencia, 2016; L. RODRÍGUEZ MORO, *La configuración de la imprudencia como grave y menos grave en los delitos de homicidio y lesiones*, in *Rev. Der. Pen. Crim.*, 2018, 131 ss. Nella letteratura italiana vd. P.F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 903 ss; C. VALBONESI, *La colpa grave come limite di tipicità: un dialogo fra l'ordinamento italiano e spagnolo alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio del rimprovero colposo*, in *Ind. Pen.*, 2021, 201 ss; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, Roma, 2021, spec. 189 ss.

168 S. AGUADO LÓPEZ, *La imprudencia menos grave: concepto y criterios para su correcta calificación jurídica tras las últimas reformas*, in *Ley Penal*, 2019, 141, 1-38.

169 D.F. I SABORIT, *El homicidio y su formas*, in J.M. Silva Sánchez (diretto da), *Lecciones de derecho penal Parte especial*, Barcelona, 2018, 36.

170 Vd. STS, Sez. II, 10 marzo 2010, n. 171/2010, secondo la quale la colpa per previsione rappresenterebbe la forma di colpa più grave ipotizzabile. Sul punto, occorre rimarcare, tuttavia, che la giurisprudenza spagnola, già prima della riforma, riteneva che la previsione dell'evento non implicasse, per lo meno in automatico, la qualificazione della colpa come "grave". Vd., ad esempio, STS, Sez. I, 18 novembre 1991, n. 6354/1991, su un noto caso di trasfusione di sangue infetto.

171 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2021, 33 ss.



Tali nodi non sono stati dipanati dal legislatore, successivamente, con la riforma attuata con la LO n. 2 dell'1 marzo 2019 (che, in tale proiezione, si è concentrata sulla materia degli infortuni derivanti dalla circolazione stradale, che negli ultimi anni è stata oggetto di un rimarchevole processo di *law enforcement*)¹⁷², la quale, per altro verso, ha inserito a sistema delle ipotesi aggravate di omicidio e lesioni (artt. 142-*bis* e 152-*bis* c.p.), correlate a condotte connotate da forme di *imprudencia grave* con effetti lesivi a carico di una pluralità di persone offese¹⁷³.

Quanto, invece, alla responsabilità plurisoggettiva, alla quale si è già accennato, la dottrina, nella cornice della teoria dell'imputazione oggettiva, si riferisce al *principio de confianza*, ovvero al principio dell'affidamento, quale criterio limitatore della responsabilità¹⁷⁴. L'idea, in estrema sintesi, è quella che nel contesto di una attività compiuta, sincronicamente o diacronicamente, da una pluralità di soggetti gravati da un obbligo di garanzia rispetto ad un determinato bene giuridico, il soggetto che avrebbe confidato nella circostanza che gli altri si sarebbero conformati alle regole cautelari non creerebbe un rischio giuridicamente disapprovato¹⁷⁵.

Tale condizione di esenzione da responsabilità, nel contesto della pratica medica, per l'evento avverso occorso al paziente presupporebbe, però, l'affidabilità, nel senso che, posta la circostanza che ai singoli appartenenti all'*equipo* sarebbero riferibili "sfere di competenza" che si intersecherebbero, si è rimarcato come alcuno dei suoi membri, anche se con diverse specializzazioni, potrebbe invocare il *principio de confianza* nel caso in cui circostanze di fatto sarebbero indicative della concreta possibilità che gli altri non si attengano al *deber de cuidado*¹⁷⁶.

La dottrina di lingua spagnola, così come quella italiana, inoltre, si è interrogata sui limiti della responsabilità del *superior jerárquico*, con funzioni di coordinamento/controllo/prevenzione di tipo amministrativo o tecnico-medico, rilevandosi che, in siffatte situazioni, incomberebbe, generalmente, un «dovere di evitare l'errore del terzo, sussistendo (a talune condizioni) un obbligo di prevenire ed evitare» l'evento lesivo. Anche in questo caso, vi sarebbe, tuttavia, la possibilità di invocare in ottica esimente il principio di *confianza*, sebbene, per questi soggetti, detto principio «*opera con menor intensidad que en contextos en los que los sujetos mantienen una relación de carácter horizontal*»¹⁷⁷.

172 Su cui vd. la ricognizione (e le note critiche) di STS, Sez. II, 30 marzo 2021, n. 284/2021.

173 In argomento vd. A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La graduación de la imprudencia punible*, Cizur Menor, 2020; J. VIZUETA FERNÁNDEZ, *Las lesiones*, in C.M.R. Casabona - E. Sola Reche - M.A. Boldova Pasamar (coordinato da), *Derecho penal. Parte especial*, Granada, 2022, 79.

174 Vd. E. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, 1997, 191; F. SANDRO ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, Santa Fe, 2010.

175 Vd. N. BAUTISTA PIZARRO, *El principio de confianza en un derecho penal funcional*, Bogotá, 2008, spec. 72 ss.

176 F. BERNATE OCHOA, *Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza*, in *Prolegómenos*, 2008, 65 ss.

177 M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en el derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, 2009, 149-151. Così anche B.J. B. FEIJOO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmática*, in *Der. Pen. Crim.*, 2000, 37 ss.



Il che sta a evidenziare come (anche) nel sistema in disamina - ove per il vero la casistica relativa alla responsabilità colposa delle *équipe* è, comunque, come si è già sottolineato, assai ristretta - i criteri imputativi risultino particolarmente nebulosi¹⁷⁸.

6. La penalizzazione della mera messa in pericolo della salute del paziente.

Il sistema penale spagnolo ha fatto registrare, negli ultimi anni, un notevole processo di *law enforcement* nel contrasto del pericolo, tanto nella proiezione della sfera individuale quanto di quella pubblica/collettiva, attraverso scelte che si pongono, per il vero, in controtendenza rispetto a quelle attuate rispetto alle fattispecie di danno¹⁷⁹. Sicché, il novero dei delitti di pericolo previsti dal *código penal* è abbastanza nutrito, involgendo settori connotati dal c.d. "rischio consentito" (quello della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, quello delle attività produttive, nonché la circolazione stradale); quanto, invece, al settore sanitario e al *riesgo* provocato per la salute del paziente, vi è da osservare che in Spagna¹⁸⁰ è stata prevista, nel Titolo IX del codice, la *omisión del deber de socorro* da parte del personale sanitario; l'art. 196 c.p., in particolare, sanziona «il professionista che, essendovi obbligato, nega l'assistenza sanitaria o abbandona le prestazioni sanitarie, quando dal rifiuto o dall'abbandono deriva un grave rischio per la salute delle persone»¹⁸¹.

Si è al cospetto di una novità introdotta con il codice del 1995¹⁸² che, topograficamente, si colloca subito dopo l'omissione di soccorso "comune" (disciplinata, per l'appunto, dall'art. 195

178 Su questi temi, nella prospettiva italiana, vd., tra l'altro, R. BARTOLI, *La responsabilità medica tra individuale e collettivo. Rischi, regole, centri di imputazione*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2020, 2053 ss; V. MAIELLO, *Appunti sparsi di lotta per il diritto*, in *Dir. Dir.*, 2020, 1, 33 ss; A. MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, 8 maggio 2020, in www.laegislazionepenale.eu; P.F. POLI, *Attività medica in équipe: c'è spazio per il principio di affidamento*, *Giur. It.*, 2021, 1204 ss. In precedenza, L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 1219 ss.

179 Vd. C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *La deriva de los delitos de peligro en la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal: la equiparación punitiva de los delitos de peligro dolosos e imprudentes y de los delitos de resultado y peligro abstracto. Una forma de "solventar" la confusa interpretación y aplicación de los tipos penales de peligro*, in *Es. Pen. Crim.*, 2017, 487 ss. Si può osservare, inoltre, che in Spagna, così come in Italia, il legislatore ha varato diverse norme "emergenziali" per il contenimento dell'epidemia da COVID-19. Però, occorre anche rilevare che il codice vigente non contempla alcuna figura assimilabile a quelle di epidemia di cui al codice italiano. Sul tema vd. D. COLOMBER BEA, *El derecho penal español ante el incumplimiento de medidas previstas para hacer frente a situaciones de crisis sanitaria: el limitado alcance del delito de desobediencia y la conveniencia de introducir un delito similar al del artículo 318 del Código Penal chileno*, in *Pol. Crim.*, 2022, 1 ss.

180 Sul sistema francese, vd. A. DE LIA, *Il medico davanti al giudice penale in Francia*, 6 ottobre 2023, in www.archiviopenale.it. Quanto al sistema portoghese, invece, vd. l'art. 150 comma 2 c.p. (il quale sanziona i soggetti che esercitano le professioni sanitarie che «effettuano interventi o trattamenti in violazione delle *leges artis* e comportino così pericolo per la vita o grave danno all'incolumità o alla salute»). Il che rappresenta una soluzione del tutto originale in ambito continentale.

181 Su tale figura, a livello monografico, vd. P. ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Granada, 2006.

182 M. ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión de socorro en el ámbito sanitario*, in *Rev. Der.*, 2003, 4, 219 ss.



c.p.), con la quale la relazione è particolarmente controversa (atteso che alcuni studiosi ritengono che si sia al cospetto, nel caso disciplinato dal citato art. 196 c.p., di una figura totalmente autonoma di reato, mentre altri sostengono che si tratti di un rapporto di specialità unilaterale per specificazione)¹⁸³.

Ad ogni modo, se vi è concordia nel ritenere che si tratti di un reato proprio (esclusivo)¹⁸⁴, per alcuni autori esso sarebbe configurabile solo laddove il medico sia stato effettivamente e previamente investito di funzioni di cura del paziente (e non, dunque, in ipotesi di semplice inadempimento di obblighi di intervento che derivino, genericamente, dal codice deontologico o, ancor più in generale, da dovere di solidarietà sociale, nel qual caso dovrebbe trovare applicazione il citato art. 195 c.p.)¹⁸⁵; secondo una lettura restrittiva, inoltre, il delitto di cui al citato art. 196 c.p. potrebbe configurarsi solo allorquando il rischio insorgesse per l'effetto della condotta del medico, non qualora esso fosse insorto prima dell'omissione¹⁸⁶.

Quest'ultime, però, rappresentano soluzioni non condivise dal *Tribunal Supremo* che, in un'occasione, infatti, ha stabilito che la fattispecie sarebbe stata applicabile anche al caso del medico al quale era stato chiesto di intervenire per soccorrere un automobilista, che era stato colto da infarto in prossimità della struttura sanitaria in cui era impiegato il medico stesso¹⁸⁷. La figura in disamina (secondo la dottrina maggioritaria, di pericolo concreto)¹⁸⁸, posta a tutela della vita e dell'integrità psicofisica dei pazienti¹⁸⁹, ha sollevato un ampio dibattito dottrinale anche in relazione al quesito se la "denegata assistenza" possa configurarsi soltanto a seguito di una richiesta di intervento, espressamente formulata nei confronti del soggetto qualificato, nonché se essa possa realizzarsi solo attraverso un diniego esplicito da parte del garante.

A tal riguardo, allora, si può osservare che secondo gli orientamenti prevalenti in dottrina sarebbe sufficiente, a tale scopo, una "richiesta di intervento tacita" e, di riflesso, un mero comportamento concludente di rifiuto¹⁹⁰ (talché, in questa prospettiva, emerge un'analogia con l'ulteriore condotta descritta dal citato art. 196 c.p., ovvero sia l'abbandono del servizio). Tali conclusioni appaiono, allora, senz'altro condivisibili in quanto (al di là del vuoto di tutela e

183 Per la tesi dell'autonomia vd. E. HAVA GARCÍA, *Omisión del deber de socorro*, in F.J. Álvarez García (diretto da), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, I. Delitos contra las personas*, Valencia, 2021, 1385. *Contra* P. DÍAZ TORREJÓN, *Omisión del deber de socorro*, in A. Zárate Conde (diretto da), *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., 241.

184 P. FARALDO CABANA, *Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico*, in AA.VV., *Lecciones de derecho sanitario*, A Coruña, 1999, 519 ss. F. FLOREZ MENDOZA, *Omisión del deber de socorro*, in C.M.R. Casabona - E. Sola Reche - M.A. Boldova Pasamar (coordinato da), *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., 261 ammette, in questo caso, il concorso dell'*extraneus* per induzione.

185 Vd. A. FERNÁNDEZ ALBOR, *Asistencia médica y omisión del deber de socorro*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 1984, 152 ss.

186 S. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, Valencia, 1997, 66.

187 STS, Sez. II, 28 gennaio 2008, n. 56/2008.

188 B. DEL ROSAL BLASCO, *De la omisión del deber de socorro*, in L. Morillas Cueva (diretto da), *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2021, 338 ss.

189 Così anche M. ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión de socorro en el ámbito sanitario*, op. cit., 227-228.

190 In tal senso M.R. MORENO-TORRES HERRERA, *La omisión del deber de socorro*, in E. Marín de Espinosa Ceballos (diretto da), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2021, 225.



dell'irragionevolezza di soluzioni di senso contrario) il contenuto letterale della disposizione non sembrerebbe imporre suddetti vincoli, né essere indicativo di tali limiti impliciti di fattispecie.

Per il resto, la giurisprudenza ha precisato che, sul lato subiettivo, la figura richiederebbe che il garante abbia realizzato «consapevolmente una condotta omissiva rispetto al dovere di aiutare una persona indifesa, che versa in evidente e grave pericolo, ovvero sia quando essa necessita di protezione in modo chiaro e noto al soggetto attivo, pur essendo quest'ultimo a conoscenza dell'impotenza della vittima e del bisogno di aiuto»¹⁹¹. Talché, secondo questa impostazione, in definitiva, il pericolo non rappresenta una mera condizione obiettiva di punibilità, dovendo esso formare oggetto del dolo (similmente alla figura della *willfull neglect* di *common law*); il che¹⁹² limita in maniera rilevante il raggio d'azione del delitto in disamina che, invero, ha fatto registrare un'applicazione assai limitata.

7. La questione della rilevanza penale del trattamento sanitario arbitrario.

La dottrina italiana si è a lungo soffermata sul tema della fonte di legittimazione dell'attività medico-chirurgica, in sede diagnostica e terapeutica, rispetto a figure di reato in astratto configurabili nella pratica e, in particolare, alle lesioni personali, giungendo ad escludere, di massima, tale soluzione per l'effetto dell'applicazione di cause di giustificazione (esercizio di un dovere, adempimento di un dovere, stato di necessità e, soprattutto, consenso dell'avente diritto)¹⁹³, di un'esimente non codificata¹⁹⁴, sostenendo la non conformità del fatto all'idealtipo o, ancora, la carenza dell'elemento psichico caratteristico (dolo o colpa)¹⁹⁵. Ciò prima della pronuncia della sentenza delle Sezioni Unite "Giulini" (su cui *infra*) che, invece, in maniera condivisibile (e, comunque, *tranchant*), ha rintracciato il fondamento della liceità dell'attività medico-chirurgica direttamente nel testo dell'art. 32 Cost.

Il tutto secondo una soluzione che, per il vero, potrebbe essere sposata anche nel sistema spagnolo, con riferimento all'art. 43 della Costituzione del 1978, che pure consacra il diritto alla salute, consentendo il superamento dell'annoso dibattito originatosi (anche) in quel Paese (laddove, però, la teoria dell'imputazione oggettiva, nella declinazione del *riesgo permitido*, agevola l'esclusione della rilevanza, già a livello del fatto tipico, dell'intervento sanitario realizzato secondo le *legis artis*, se eseguito con il consenso dell'avente diritto)¹⁹⁶. Ciò in un

191 STS, Sez. I, 22 ottobre 2015, n. 648/2015.

192 Unitamente alla circostanza che, nel caso in cui dalla condotta omissiva derivassero effettivamente delle lesioni o il decesso del paziente, la fattispecie *de qua* rimarrebbe assorbita. Vd. C. LAMARCA PÉREZ, *Omisión del deber de socorro*, in Id. (diretto da), *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Madrid, 2022, 224 ss.

193 Tra i tanti vd. R. RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975.

194 Vd. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 1991, 276 ss, il quale, tuttavia, nel caso di intervento sanitario con esito favorevole ha notato come difetterebbe la tipicità del fatto rispetto al paradigma legale.

195 Vd. A. MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1287 ss.

196 Così ad esempio, B. DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1994; nella letteratura latino-americana, vd. M. RUSCONI, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2009, 319. Sulla rilevanza del consenso in termini di atipicità delle condotte riconducibili ad



sistema giuridico assai peculiare, in quanto, tra l'altro, il codice penale spagnolo vigente (così come il precedente. Vd. art. 8) - da cui emerge (in linea generale) il divieto (cfr. artt. 155-156 c.p.) di atti dispositivi dell'integrità psico-fisica - non prevede, tra le esimenti (catalogate dall'art. 20 c.p.), il consenso dell'avente diritto¹⁹⁷.

Il legislatore spagnolo¹⁹⁸, comunque, negli ultimi decenni, come del resto è accaduto in altre esperienze continentali (tra cui quella italiana), ha posto l'accento sul ruolo fondamentale che assume il *consentimiento* all'atto medico da parte del paziente¹⁹⁹, come estrinsecazione delle libertà sancite dalla Carta fondamentale, secondo una linea che è stata scolpita anche dalla Corte costituzionale con la sentenza TC, Sez. II, 28 marzo 2011, n. 37, secondo la quale il *consentimiento informado* si correla alla «*facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas*»²⁰⁰. Nel contempo, però, la dottrina, mostrando una particolare attenzione al problema dell'informazione, in sede diagnostica e terapeutica, nonché alla correlata esigenza dell'espressione del consenso da parte del paziente, non ha mancato di

attività diagnostiche e terapeutiche, vd. anche J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el derecho penal*, Madrid, 1999. Per un affresco sul dibattito vd. J. DE VICENTE REMESAL, *Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?*, in M. Luzón Peña - S. Mir Puig, (coordinato da), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999, 113 ss; D. AREQUE MORENO, *El consentimiento informado y su trascendencia en el derecho penal*, in *NFP*, 2012, 133 ss; C.I. MACHADO RODRÍGUEZ, *El consentimiento en materia penal*, in *Der. Pen. Crim.*, 2021, 29 ss. Per una soluzione "mista" (atipicità-difetto di antijuridicità) vd. I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, 75-84.

197 In argomento vd. J. CEREZO MIR, *El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación*, in *Est. Der. Pen. Crim.*, 1989, 201 ss. Per l'inquadramento del consenso in termini di causa di giustificazione non codificata (tesi non isolata nei primi decenni del secolo scorso) vd. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal, I. Parte general*, 1949, 258. Per una prospettiva generale vd. M.J. SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, Valencia, 2000; B. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, Valencia, 2014.

198 Ma vd. anche il codice deontologico professionale del 2022, che dedica l'intero *Capítulo III* a informazione e consenso.

199 Vd. la l. 24 novembre 2002, n. 41 (*Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica*), che, all'art. 3, definisce il consenso informato come «*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*». In argomento vd. anche J. GARZÍA AMEZ, *Autonomía del paciente y rechazo al tratamiento. El derecho a decir "no"*, in *JS*, 2013, 1, 27 ss.

200 La questione del consenso del paziente all'atto medico-chirurgico si interseca, peraltro, con quella della disciplina dell'aiuto a morire, sulla quale, comunque, non è possibile soffermarsi in questa sede. Per un quadro della disciplina spagnola, anche alla luce di recenti riforme, vd., nella letteratura nostrana, T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni "multilivello"*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2021, 4, 1 ss; A. TIGRINO, *la riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita*, 27 aprile 2021, in www.lalegislazionepenale.eu. Per una ricostruzione della normativa precedente alla riforma del 2021, vd. U. ADAMO, *Sulla disciplina giuridica delle istruzioni previas nell'ordinamento spagnolo*, 31 gennaio 2017, in www.forumcostituzionale.it.



rilevare come il livello di completezza delle informazioni, oltre ad essere cangiante in ragione delle caratteristiche del paziente medesimo (grado di cultura, sensibilità, stato patologico, etc.), non sia definibile in via normativa-astratta e che, in alcuni casi, una completa informazione potrebbe, addirittura, produrre effetti negativi in ordine all'andamento delle cure²⁰¹. Il tutto con ogni consequenziale effetto circa l'incertezza del quadro di riferimento, delle scelte che il personale è tenuto a compiere quotidianamente, nonché delle valutazioni correlate, di competenza della magistratura²⁰².

Quanto, poi, alla locuzione "trattamento sanitario arbitrario", con essa s'indica comunemente, anche nei Paesi di lingua spagnola, l'intervento medico eseguito, in sede diagnostica o terapeutica, in difetto di consenso (o di un valido consenso) da parte del paziente (o del soggetto che ha il potere di esprimerlo per conto di quest'ultimo)²⁰³.

La questione della rilevanza, agli effetti civili, ma anche in sede penale, dell'intervento non consentito ha assunto un posizionamento sempre di maggior rilievo nel dibattito relativo al tema della responsabilità sanitaria²⁰⁴, anche per via di una progressiva sensibilizzazione degli interpreti e, più in generale, dei consociati rispetto al diritto di autodeterminazione del malato

201 In argomento vd., per tutti, M. ORTIZ FERNÁNDEZ, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario*, Madrid, 2021, *passim*.

202 Su questo tema vd. anche P. ASTORINA MARINO, *Equilibri e incertezze normative in caso di intervento sanitario contro la volontà del paziente*, in *Riv. Med. Leg.*, 2016, 302 ss.

203 P. GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo u su licitud: el papel del consentimiento del paciente*, Cizur Menor, 2012; S. ROMEO MALANDA, *Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes*, in *Cien. Pen. Crim.*, 2013, 73 ss.

204 Su questo tema vd. G. IADECOLA, *In tema di rilevanza penale - come delitto doloso contro la vita e l'incolumità individuale - del trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, 219 ss; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 377 ss; G. CARUSO, *Il trattamento medico-chirurgico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico*, in *Ind. Pen.*, 2003, 1013 ss; A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004, 449 ss; C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1807 ss; M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 455 ss; S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, 1060 ss; G. FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro It.*, 2009, 2, 306 ss. F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, 2009, 1811 ss; G. MARRA, *Le sezioni unite penali sulla rilevanza del consenso del paziente: una rivalutazione delle scelte mediche*, in *Iustitia*, 2009, 3, 308 ss; V. MASARONE, *Profili di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Crit. Dir.*, 2010, 1-3, 25 ss; G. SALCUNI, *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell'arte*, in *Ind. Pen.*, 2010, 599 ss; A. CAPPELLINI, *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 933 ss. Per le monografie vd., di recente, R. OMODEI, *Trattamento medico arbitrario e responsabilità penale*, Torino, 2023.



e alla libertà di scelta delle cure, che ha fatto declinare progressivamente l'atavica visione paternalistica del medico nell'economia del rapporto con il malato ed i suoi familiari²⁰⁵.

Quanto al sistema penale italiano, nel quale il legislatore non ha specificamente tipizzato l'atto medico arbitrario²⁰⁶, la giurisprudenza ha affrontato in più occasioni il tema della riconducibilità di siffatti casi nell'alveo di figure incriminatrici comuni, quali le lesioni volontarie (art. 582 c.p.), la violenza privata (art. 610 c.p.), nonché, in caso di esito infausto dell'intervento non consentito, delle figure disciplinate dagli artt. 584, 586 c.p. o, comunque, dell'omicidio colposo di cui all'attuale art. 590-*sexies* c.p.

In tale contesto, superata la linea di severità sposata dalla ormai risalente sentenza "Massimo"²⁰⁷ (che aveva sollevato numerose perplessità da parte dei commentatori), la Cassazione è pervenuta con la sentenza "Giulini"²⁰⁸ ad una soluzione più favorevole per il personale sanitario, essendo stata esclusa, in estrema sintesi, la configurabilità, nel caso di trattamento diagnostico o terapeutico non assentito, del delitto di lesioni volontarie (e, dunque, in caso di decesso del paziente, dell'omicidio preterintenzionale)²⁰⁹.

Il tutto, però, restituendo un quadro in cui si è profilato un vuoto di tutela rispetto alla sfera soggettiva del paziente, essendo stata pure esclusa l'ipotesi dell'addebito del delitto di cui all'art. 610 c.p. che, ad avviso delle Sezioni Unite, potrebbe concretizzarsi solo nel caso dell'intervento "coattivo", realizzato contro la volontà del paziente vigile e cosciente. *Id est* in ipotesi "limite", con ogni consequenziale riflesso sulla carenza di disciplina penale della violazione del diritto di autodeterminazione, di scelta delle cure e di intangibilità da parte del

205 Sul tema vd. L. GIANFORMAGGIO, *Le resistibili tentazioni del paternalismo medico*, in *Not. Pol.*, 1989, 16, 22 ss; E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, I, Milano, 2007, 279 ss. Nella dottrina spagnola vd. M. ALEMANY, *El paternalismo médico*, in AA.VV., *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Valencia, 2011, 745-788.

206 In questa sede di tratterà esclusivamente dell'atto medico eseguito senza consenso al di fuori di una situazione definibile come di "stato di necessità" che, dal canto suo, evoca la complessa questione del c.d. "conflitto di doveri", ovverosia dell'obbligo del medico di eseguire l'intervento salvifico che si confronta con quello del diritto all'intangibilità (e di negare il consenso all'atto medico). Si è al cospetto di una situazione che, evocando un'antinomia (E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000), pone un problema di "bilanciamento" che, per alcuni studiosi, dovrebbe risolversi in termini di obbligo d'astensione (F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000), sebbene l'incommensurabilità dei valori in gioco renda non irrazionali i risultati cui approda l'idea dello "spazio vuoto del diritto". Su questi temi, che pure evocano il concetto di "inesigibilità", vd., nel panorama spagnolo, A. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, Madrid, 1984; I. COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, 2016.

207 Cass., Sez. V, 13 maggio 1992, n. 5639.

208 Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437. Su questa pronuncia vd. L. CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 415 ss; L. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, loc. cit., 432 ss; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, 25 ss.

209 Che rappresentava, invece, la soluzione sposata dalla sentenza "Massimo".



malato, tanto da rendere opportuna, almeno secondo alcuni studiosi, una riforma, con l'introduzione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*²¹⁰ (o con il ricorso al diritto amministrativo punitivo)²¹¹.

A ciò si aggiungono le perplessità che solleva la citata statuizione nella misura in cui, esclusa la responsabilità penale nel caso di esito favorevole dell'intervento non assentito (che rappresenta, *de iure condito*, una soluzione accettabile nel prisma del principio di offensività), la si è riconosciuta nel caso di risultati sfavorevoli, senza la (doverosa) limitazione alla concorrente violazione delle *leges artis*, ovverosia all'errore tecnico, poiché - occorre rimarcarlo - non sussiste un'equazione tra intervento conforme alle regole operative e risultato favorevole dell'intervento sanitario²¹².

210 A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 1 ss. Analoga situazione si registra in Francia, atteso che il codice penale sanziona espressamente soltanto la sperimentazione medica non assentita (art. 223-8 c.p.). Su questo argomento, vd. M. LE GOUES. *Le consentement du patient en droit de la santé*, 3 febbraio 2016, in *www.theses.hal.science*. La giurisprudenza francese, per altro verso, generalmente approda alla condanna del medico che abbia eseguito un intervento non consentito solo laddove questo risulti realizzato in difformità delle *leges artis* e da esso sia derivato un danno per la salute del paziente. Allorquando, in ragione dell'intervento medico-chirurgico arbitrario, vengano contestate ipotesi che presentano come elemento costitutivo la violenza, tra cui quella disciplinata all'art. 222-11 c.p., le Corti (in maniera per il vero assai sibillina), invece, approdano a soluzione assolutoria per via dell'assenza del dolo (vd., ad esempio, Cass., Cham. Crim., 6 febbraio 2001, n. 00-82.434). Per la riconducibilità dell'intervento sanitario arbitrario al delitto di lesioni ed alle ipotesi di violenza vd. (con alcuni richiami giurisprudenziali) X. PIN, *Droit pénal général*, Paris, 2023, 261 ss. Sul problema della rilevanza penale del *eigenmächtige Heilbehandlung* nel sistema tedesco vd., di recente, F. DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, Torino, 2019, spec. 165 ss.

211 A. DE LIA, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, op. cit., 375 ss.

212 Sul punto, appare utile riportare, per comodità d'esposizione, alcuni passi della pronuncia: «le “conseguenze” dell'intervento chirurgico ed i correlativi profili di responsabilità, nei vari settori dell'ordinamento, non potranno coincidere con l'atto operatorio in sé e con le “lesioni” che esso “naturalisticamente” comporta, ma con gli esiti che quell'intervento ha determinato sul piano della valutazione complessiva della salute. Il chirurgo, in altri termini, non potrà rispondere del delitto di lesioni, per il sol fatto di essere “chirurgicamente” intervenuto sul corpo del paziente, salvo ipotesi teoriche di un intervento “coatto”; sibbene, proprio perché la sua condotta è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell'*agere*, in rapporto, anche, alle regole dell'arte. È, quindi, in questo contesto che andrà verificato l'esito, fausto o infausto, dell'intervento e quindi parametrato ad esso il concetto di “malattia” di cui si è detto. Pertanto, ove l'intervento chirurgico sia stato eseguito *lege artis*, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall'atto così eseguito non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur se “anatomicamente” lesivo, non soltanto non ha provocato - nel quadro generale della “salute” del paziente - una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto. Per esito fausto dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente. Ove, invece, l'esito dell'intervento non sia stato fausto, nei sensi dianzi delineati, la condotta del sanitario, avendo cagionato una “malattia”, realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi



Situazione analoga, in termini di carenza di disciplina specifica, si registra nel sistema penale spagnolo. In tale contesto, dunque, alcuni autori negano *tout court* la riconducibilità al delitto di lesioni o di omicidio dell'atto medico, seppur realizzato in difetto del consenso libero e informato del paziente, laddove esso sia eseguito in conformità con le *leges artis*; ciò tanto per via del difetto di tipicità della condotta (anche negando che si sia al cospetto di un'azione socialmente deplorabile) quanto per carenza dell'elemento soggettivo²¹³.

Tale ipotesi, a più forte ragione, viene esclusa da taluni studiosi della materia laddove il trattamento medico-chirurgico arbitrario sortisca un esito favorevole, in termini di miglioramento complessivo dello stato di salute del paziente. Si ritiene, infatti, che in questi casi manchi in radice il *desvalor de la acción*, elaborato nel contesto della teoria dell'imputazione oggettiva e, più in generale, la tipicità del fatto (lato obiettivo e subiettivo)²¹⁴.

Quanto, invece, alla violazione della sfera di libertà del paziente, la norma di riferimento potrebbe essere rappresentata dall'art. 172 c.p., anche se la struttura della figura e, in particolare, l'elemento costitutivo della violenza sembrano, in effetti, difficilmente compatibili con la maggior parte delle costellazioni di casi che potrebbero verificarsi nel contesto del *tratamiento médico*²¹⁵.

evidenziata "copertura costituzionale". Ciò non toglie, peraltro, che, nell'ambito della imputazione del fatto a titolo soggettivo - trattandosi pur sempre di condotta volta a fini terapeutici - accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni di cui all'art. 582 c.p., già posta in luce dalla prevalente dottrina e dai più recenti approdi giurisprudenziali di questa Corte, potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui - a seconda dei casi e delle varianti che può assumere il "vizio" del consenso informato - si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitarle ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (art. 55 c.p. e art. 59 c.p., comma 4)».

213 Ad esempio, A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, in *Cuad. Pol. Crim.*, 1982, 5 ss.

214 E. BACIGALUPO, *Acerca de la responsabilidad del médico ante el derecho penal*, in *Rev. Der. Públ.*, 1981, 667 ss; J. DE VICENTE REMESAL, *El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas*, in *Rev. El. Cien. Pen. Crim.*, 2021, 23-19, 2021, 5: «*le lesiones causate dal medico si considereranno generalmente, in caso di esito positivo, nella medesima prospettiva del tipo, come socialmente e giuridicamente adeguate, carente di tutti i profili dell'illecito*». Sul punto vd. anche le considerazioni di F. MUÑOZ CONDE, *Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico*, in Id. (coordinato da), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, 451 ss (il quale sottolinea che, in tali ipotesi, potrebbe valutarsi, al più, la sussistenza di profili di addebito rispetto a fattispecie poste a tutela della libertà individuale).

215 Per l'applicabilità di tale fattispecie (secondo una linea non isolata nel panorama dottrinale spagnolo) vd. però D.J. MARTÍNEZ MARTÍN, *Derecho penal. Parte general. II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, IV. *Las consecuencias jurídicas del delito. El derecho penal de ejecución*, Madrid, 2002, 169. Vd., altresì, V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda*, in *Rev. El. Cien. Pen. Crim.*, 2017, 1-57. Questa autrice, inoltre, nell'escludere la configurabilità del delitto di lesioni (o di omicidio) in caso di esito favorevole dell'intervento abusivo, la ammette, tuttavia, in quello del risultato infausto. Il tutto prospettando, però, l'introduzione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc* (evidentemente prendendo atto della forzatura legata a siffatta soluzione). Facendo leva sulla necessità



In merito all'ipotesi di cambio di programma terapeutico in corso di intervento chirurgico/invasivo (che per il vero risulta la situazione che nella pratica determina maggiori incertezze per gli operatori sanitari), è chiaro che, allorché il paziente versi in stato di incoscienza e l'intervento si riveli urgente, nella prospettiva del pericolo per la vita o per l'integrità psico-fisica, possa - tra l'altro - intervenire (laddove il malato non abbia preventivamente espresso un dissenso) l'esimente dello stato di necessità di cui al comma 5 dell'art. 20 c.p. N

Negli altri, invece, appare tangibile la possibilità di contestazioni, che potrebbero insorgere *tanto* per via dell'esecuzione dell'intervento non assentito *quanto* in ragione della necessità per il paziente di sottoporsi ad un nuovo ed ulteriore intervento che, sotto certi profili, potrebbe essere considerato in termini di violazione, da parte del professionista, della *lex artis*²¹⁶.

di garantire la massima tutela dell'autodeterminazione del paziente, ha sposato la suddetta tesi, nel contesto del codice previgente, anche M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1987, 164, per il quale l'intervento non assentito con esiti sfavorevoli integrerebbe il delitto di lesioni colpose, o di omicidio. Vi è, però, da ribadire che l'applicabilità dell'art. 172 c.p. sembrerebbe assai limitata nel caso di una rigorosa esegesi del termine *violencia* che, secondo il *Diccionario panhispánico del español jurídico*, è la «fuerza física que aplica una persona sobre otra». Si tratta di un'accezione che corrisponde a quella accolta da molti studiosi italiani. Vd., ad esempio, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 1999, 136: «violenza in senso proprio è l'impiego dell'energia fisica per vincere un ostacolo, reale o supposto» (vd. altresì A. PECORARO ALBANI, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962, 44 ss; M. MANTOVANI, voce *Violenza privata*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 936-938; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 74 ss). La dottrina spagnola, dal canto suo, ha evidenziato come la giurisprudenza in passato abbia frequentemente offerto un'interpretazione lasca del concetto, nonché di quello di *coacción* (sul punto vd. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal*, I, Madrid, 2014, 845), ritenendo integrata la violenza, agli effetti del diritto penale, nelle più disparate ipotesi di azioni abusive a carattere "unilaterale". Vi è, però, da rilevare come la giurisprudenza più recente, a seguito dell'introduzione della fattispecie di *stalking* (art. 172-ter c.p.) abbia evidenziato l'esigenza di fornire, per le figure compendiate nel codice che presentano l'elemento costitutivo *de quo* e, in particolare, proprio a quella descritta dai commi 1 e 3 dell'art. 172 c.p., un'interpretazione più restrittiva rispetto al passato, tanto da esigere che alla condotta di prevaricazione realizzata dal reo corrisponda una compromissione rilevante della capacità di autodeterminazione della vittima, ben percepita da tale soggetto (vd. STS, Sez. I, 26 gennaio 2022, n. 61/2022). Il che, ovviamente, restringe notevolmente il raggio d'azione della figura delittuosa in disamina nel contesto del rapporto medico-paziente.

216 Sul punto vd. M. GARCÍA BLÁZQUEZ - J.J. MOLINOS COBO, *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*, Granada, 1997, 353 s., secondo i quali «si en el curso de la intervención se plantea otra nueva para la que no se prestó el consentimiento, en este caso habrá que considerar las siguientes opciones para las que se marcan unas líneas orientadoras, pues se tratará de una decisión normalmente muy rápida y marcada por el criterio técnico de la conveniencia o no de la nueva operación. Si la nueva actuación es necesaria para llevar a cabo la primera, el consentimiento debe entenderse prestado, ya que recae sobre la intervención y sobre cuanto sea necesario para ésta. Si la nueva intervención no es complicada, puede presumirse el consentimiento, pues parece ilógico obligar a sufrir de nuevo los inconvenientes de otra intervención, cuando con una sola bastaría. En todo caso, si no hay premura, lo razonable será pedir el consentimiento de los



Si è al cospetto di situazioni in cui regna l'incertezza e rispetto alle quali (in un contesto normativo in cui è difficile ammettere le figure del consenso presunto e dell'esimente incompleta)²¹⁷, a ben considerare, è alto il rischio di diffusione di pratiche di medicina difensiva, ovverosia di comportamenti da parte del personale sanitario sbilanciati sull'esigenza di prevenire rimproveri in sede giudiziaria, piuttosto che orientati alla tutela della salute del paziente²¹⁸.

Peraltro, su questo tema, si deve segnalare la sentenza STS, Sez. II, 26 ottobre 1995, n. 5310/1995, con la quale la Cassazione spagnola ha condannato un chirurgo per delitto di lesioni dolose in quanto, nel corso di un parto cesareo, aveva proceduto all'isterectomia in concomitanza con un'emorragia, in quanto tale amputazione, non consentita dalla paziente, era stata eseguita in condizioni avulse dallo stato di necessità. Il tutto statuendosi che «*al margen de la exigencia del previo consentimiento de la persona afectada, como determinante de la atipicidad de la conducta o como causa excluyente de la punibilidad (pues en nuestro derecho no parece posible hablar de que constituya una causa de justificación, como sucede en otros ordenamientos)*», non sussistendo, nel caso specifico, alcuna delle circostanze di esenzione dall'obbligo di acquisizione del consenso specificamente precisate dalla legislazione speciale né lo stato di necessità, l'opera del medico «*no puede considerarse lícita. El médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella. Si, pese a ello, lo hace, no puede "justificar" su conducta alegando haber actuado en el ejercicio legítimo de su profesión*». Si tratta, per il vero, di una soluzione che - prescindendo dalla correttezza sotto il profilo tecnico dell'intervento - non appare condivisibile, tra l'altro, per via dell'eccessiva severità e delle aporie a cui conduce essa conduce: il medico risulterebbe responsabile (addirittura, secondo la linea accolta anche dal *Tribunal Supremo* nel pronunciamento sopra richiamato) per dolo (di omicidio o lesioni) per il solo fatto di aver realizzato, senza il consenso del paziente, un intervento con esito infausto, anche se tecnicamente ineccepibile, mentre si potrebbe giungere alla totale irresponsabilità in caso di intervento attuato con colpa lieve/lievissima, ma comunque in difformità delle *leges artis*; il medico, inoltre, potrebbe essere imputato per lesioni volontarie per il semplice fatto di aver operato senza il *consentimiento*, anche laddove l'intervento avesse sortito effetti favorevoli per il paziente, mentre un'attività sanitaria assentita ma realizzata scorrettamente, con effetti lesivi non letali, potrebbe al più condurre ad un addebito per *imprudencia*.

familiares que se encuentren presentes. Si la nueva actuación supone unos riesgos extraordinarios, inexistentes en la anterior, habrá de solicitarse un nuevo consentimiento, a no ser que ello suponga una demora que coloque en grave peligro la salud del paciente».

217 C.M.R. CASABONA, *¿Es oportuna la incorporación al código penal de llamado delito de tratamiento médico arbitrario?*, in Id. - A. Perin, Id. - C.M.R. Casabona (a cura di), *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, op. cit., 37-38.

218 Il problema della c.d. "medicina difensiva" è particolarmente avvertito in Spagna, tanto dalla dottrina quanto dall'opinione pubblica. Secondo i dati riportati da *Fundación Economía y Salud* sul proprio sito *web* nell'aprile del 2022, più dell'80% dei medici spagnoli avrebbe riferito agli intervistatori (incaricati di eseguire un'indagine statistica) di aver posto in essere atti la medicina difensiva (o, addirittura, di praticarla abitualmente). Si tratta, peraltro, di un dato confermato anche dalla *Sociedad española de Salud Pública y Administración Sanitaria* (SESPAS) e da altri enti pubblici attivi nel settore.



Per altro verso, una parte consistente della dottrina spagnola²¹⁹ (secondo una linea sposata anche dalle Sezioni Unite nella citata pronuncia “Giulini”) la violazione dell’obbligo incombente sul medico in termini di informazione e di preventiva acquisizione del consenso costituirebbe, *ex se*, inadempimento di una regola cautelare, tanto da rendere tipico l’atto abusivo agli effetti delle fattispecie di omicidio o lesioni.

Tale approdo, che secondo una parte della dottrina²²⁰ sarebbe finalizzato a evitare inammissibili vuoti di tutela, si rivela, però, non conforme alla stessa teoria dell’imputazione oggettiva accolta in Spagna²²¹ e, in particolare, alla sua proiezione dello scopo di protezione della norma, atteso che la regola che impone l’acquisizione preventiva del consenso, a seguito di adeguata informazione resa al paziente, ha lo scopo di presidiare la libertà dell’individuo, e non la sua salute²²². Con la conseguenza che il teorema di cui sopra potrebbe trovare avallo, a rigore, solo allorquando si dimostrasse, in concreto, che l’omissione avesse impedito al medico di acquisire, attraverso il dialogo con il paziente o i suoi familiari, dei dati che si sarebbero rivelati decisivi per il buon esito del trattamento.

8. Conclusioni. “Più civile che penale”. La riduzione dell’intervento penale nel settore sanitario è davvero la soluzione migliore per limitare il fenomeno della medicina difensiva e per garantire l’innalzamento dei livelli di sicurezza e di qualità delle cure?

A conclusione delle osservazioni che sono state dianzi sviluppate, si può rilevare che il sistema spagnolo (nel quale non è configurabile la responsabilità delle *personas jurídicas* per fatti di omicidio o lesioni nel contesto medico-chirurgico)²²³ presenta²²⁴ numerose particolarità rispetto a quello italiano, che si concretizzano, tra l’altro: a) nella limitazione della responsabilità per fatti di omicidio o lesioni, nel caso in cui gli eventi avversi si verificano per colpa lieve o lievissima imputabile al personale sanitario; b) nella disciplina dell’illecito plurisoggettivo, ovverosia del lavoro in *équipe*, in ragione della carenza di una fattispecie generale *ad hoc* (assimilabile all’art. 113 del codice penale italiano). Il che conduce ad un approccio atomistico alla colpa che, nell’importare una forte restrizione delle ipotesi di addebito, sembra porre il sistema in netto ritardo rispetto alle esigenze della modernità e di regolamentazione di rischi “complessi”; c) nella carenza di un sistema di “codificazione” delle

219 Di cui dà conto il medesimo Casabona, nell’opera da ultimo citata.

220 Vd. J. DE VICENTE REMESAL, *El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas*, op. cit.

221 Ove pure diversi studiosi della materia (vd. Gómez Rivero e Romeo Malanda) hanno segnalato, per l’appunto, l’opportunità di un intervento normativo *ad hoc* per disciplinare penalmente l’intervento medico arbitrario.

222 In questo senso, nella giurisprudenza nostrana, vd. Cass., Sez. IV, 24 marzo 2015, n. 21537.

223 L’art. 31-*quinquies* c.p., peraltro, esclude *in radice* la responsabilità degli enti pubblici, nel cui novero rientrano gli enti ospedalieri di proprietà dello Stato o di altri enti pubblici.

224 Al di là di alcune affinità, che attengono anche alla criticità dell’approccio al c.d. “trattamento sanitario arbitrario”, da sempre in bilico tra esigenza di tutela della libertà di autodeterminazione del paziente e (in sistemi che non contemplan figure incriminatrici *ad hoc*, come quello italiano e spagnolo) del rispetto del principio di legalità.



norme comportamentali, dalla quale derivano gli effetti negativi pure descritti in corso d'opera (anche nella prospettiva dell'incertezza che caratterizza i giudizi di responsabilità).

Come si è dianzi osservato, inoltre, le scelte del legislatore spagnolo, che negli ultimi anni sono state ispirate dall'esigenza di contenere l'intervento penale nel settore medico, al fine di limitare il fenomeno della medicina difensiva, ad uno con l'adesione giurisprudenziale alla teoria dell'imputazione oggettiva (che, elaborata dalla dottrina tedesca, è stata importata, non senza qualche spunto di originalità, da quella spagnola), la quale persegue la finalità di individuare criteri limitativi della responsabilità penale, anche in ambito colposo (seppur provocando, talora, qualche "effetto collaterale", indesiderato, in termini di eccessiva valorizzazione pretoria del rischio, con svalutazione di altri elementi dell'illecito), hanno avuto come risultato l'estrema limitatezza del contenzioso penale da *mala praxis medica*, come emerge dall'esame dei repertori e, soprattutto, dei casi sottoposti negli ultimi anni all'attenzione del *Tribunal Supremo*. Ciò, allora, sembra svincolato dal livello qualitativo dei servizi sanitari offerti che, per quanto si è rimarcato, non risultano elevatissimi, specie in considerazione degli scarsi investimenti pubblici nel settore. Ecco, allora, che il contenzioso risulta concentrato in ambiente civilistico, come attestano i dati riportati da molti organi di informazione, che hanno evidenziato una situazione non proprio tranquillizzante rispetto alla sicurezza delle cure e alla frequenza della *malpractice*²²⁵.

Sicché, se *da un lato* si può rimarcare (guardando all'esperienza spagnola) che il rischio di contestazioni in sede civile-risarcitoria si mostra idoneo a condizionare, comunque, il fenomeno della *self defence* (alimentandolo), *dall'altro* è opportuno evidenziare, allora, che l'esclusione della responsabilità penale per condotte connotate da colpa particolarmente tenue (pure difficilmente definibile) - talora prospettata in ottica *de iure condendo* anche da alcuni studiosi italiani richiamando, per l'appunto, il modello spagnolo - depotenziando la capacità preventiva dello *ius criminale*, non sembra poter incidere in maniera positiva sui livelli di qualità e di sicurezza delle cure. Insomma, *¿Es más verde el jardín del vecino?*

225 Vd., ad esempio i dati riportati dall'articolo del 16 gennaio 2021, sul sito *web www.theobjective.com*.



LE COLLABORAZIONI COORDINATE, LE COLLABORAZIONI ETERO-ORGANIZZATE E GLI INDICI PRESUNTIVI DELLA SUBORDINAZIONE: UN DIFFICILE RACCORDO *

Carlo Pisani

Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Abstract [It]: Il contributo ha ad oggetto la nozione di "coordinamento" ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ. L'Autore, dopo aver evidenziato le criticità della tesi "panconsensualistica", riflette sul confine con la nozione di etero-organizzazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 81 del 2015 e sulle contraddizioni riguardanti le eccezioni previste dal comma 2 di quello stesso articolo. Infine, una volta messa in luce l'incertezza del quadro normativo e giurisprudenziale, l'Autore, ritenendo che sia illusorio incidere razionalmente in questa materia solamente attraverso modifiche sul versante della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative, considera invece necessaria una nuova graduazione delle tutele alla luce di criteri rispondenti alla ragion d'essere del diritto del lavoro come la debolezza economica e l'implicazione della persona nel rapporto di lavoro.

Abstract [En]: The contribution deals with the notion of 'coordination' pursuant to Article 409(3) of the Code of Civil Procedure. The author, after highlighting the critical aspects of the "pan-consensualist" thesis, reflects on the boundaries with the notion of hetero-organisation pursuant to Article 2(1) of Legislative Decree 81 of 2015 and on the contradictions related to the exceptions laid down in Article 2(2). Finally, on account of the uncertainty of the legal and jurisprudential framework, the Author considers it unrealistic to rationally implement changes in this matter only through modifications of the discipline of coordinated and continuous collaborations. On the contrary, a new graduation of protections is deemed necessary, in the light of criteria responding to the *raison d'être* of Labour Law such as economic weakness and the implication of the person in the working relationship.

SOMMARIO: 1. Le aporie del coordinamento panconsensuale. – 2. Le ulteriori contraddizioni riguardanti le eccezioni all'art. 2, d.lgs. n.81/15, comma 1, previste dal comma 2. – 3. La strada più agevole per la conquista della subordinazione: gli indici secondari con la loro incerta natura giuridica.

1. Le aporie del coordinamento panconsensuale.

Nei "dintorni" del rapporto di lavoro subordinato, in cui si assiste da tempo ad una sorta in "ingorgo" delle fattispecie, il punto di osservazione delle collaborazioni coordinate si rileva



particolarmente utile per affrontare il problema, che si potrebbe definire storico della nostra materia, che è quello di delimitare, o estendere, a seconda dei punti di vista, il campo di applicazione della tecnica di tutela fondamentale del diritto del lavoro e cioè l'applicazione della disciplina inderogabile di legge¹.

Si tratta pur sempre della, alle volte affannosa, ricerca di elementi che, in relazione al debitore di opere con rapporto di durata inserito nella organizzazione del committente, limitino la sua libertà nella esecuzione della prestazione lavorativa, al di là ed in modo ulteriore rispetto ai consueti vincoli derivanti dall'oggetto del contratto di lavoro autonomo e della sua esecuzione diligente e in buona fede.

È proprio da questo punto di osservazione che si può apprezzare il tentativo di tracciare *a contrario* la linea di confine rispetto all'area occupata dalle collaborazioni coordinate². Ma occorre anche fare i conti, per una completa ricostruzione sistematica, con il fondamentale *tertium comparationis* costituito dalla nozione giurisprudenziale del vincolo di subordinazione e dagli indici presuntivi da essa utilizzati a tal fine.

In questo tipo di analisi adottare il metodo di partire dalla nuova versione dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., e dalla nozione, o interpretazione, di coordinamento ivi contenuta, e, da lì, andare "a ritroso", per avvicinarci appunto al campo di applicazione della disciplina proprio del lavoro subordinato, consente di far emergere con maggiore nitidezza alcune disarmonie sistematiche.

È dal 2003 che su questa linea di confine tra subordinazione e autonomia si susseguono modifiche normative, dapprima con il decreto legislativo 276/2003, ancora più appesantito con la legge 92/2012, e poi con l'art. 2, d. lgs. n. 23/15.

Ad accentuare le incertezze sistematiche è intervenuta la nozione normativa di coordinamento (art. 15, l. n. 81/17), da cui tenore testuale risulterebbe che tutto ciò che non è stato pattuito deve essere lasciato alla totale autonomia del collaboratore, eliminando così ogni forma di unilateralità sotto forma di potere di coordinamento. G. Santoro Passarelli riconosceva che con questa norma, "il coordinamento cessa di essere un potere unilaterale"³.

Ma se è così, si rischia di entrare in rotta di collisione con il concetto stesso di coordinamento, giacché stiamo sempre parlando di una attività che deve essere coordinata con l'organizzazione del creditore e nel suo interesse; il che comporta inevitabilmente che ci sia un soggetto coordinante che esercita un potere, ovviamente diverso dal potere direttivo, e un

1* Lo scritto rielabora l'intervento al Convegno "Dialogo su Lavoro autonomo e organizzazione. Le collaborazioni coordinate e le collaborazioni etero-organizzate", tenutosi all'Università degli studi di Roma "La Sapienza", il 31 gennaio 2024.

Da ultimo, anche per ulteriori richiami, sia consentito il rinvio a C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, in *Tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Atti giornate di studio AIDLASS, Torino 16-17 giugno 2022, La Tribuna, Torino, 2023.

2 F. FERRARO, *Studio sulla collaborazione coordinata*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 532.

3 G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo volto del diritto del lavoro a cinquanta anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, n. 1, p. 1 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, Tomo IV, Giappichelli, pp. 125 ss., ivi p. 142; in questo senso cfr. altresì A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, n. 1, p. 201; e E. GHERA, *Considerazione sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Dir. merc. lav.*, 2021, n. 3, pp. 558-559.



soggetto coordinato che a quel potere è assoggettato. Diversamente il coordinamento diventa qualcosa d'altro, riducendosi a una pattuizione di alcune modalità di svolgimento del rapporto e di inserimento nell'organizzazione prevedibili *ex ante*.

Se si entra in una concezione pancosensualistica del coordinamento, implicante che al di fuori dell'accordo non vi possa essere alcuna ingerenza da parte del committente, sorge, tra l'altro, il problema dei limiti dell'estensione dell'oggetto di questa pattuizione, sia di quella iniziale, che delle eventuali successive in corso di rapporto.

Ad esempio, non dovrebbero esserci dubbi sulla ammissibilità di un accordo riguardante un orario fisso di lavoro quale misura di coordinamento, che dunque potrebbe essere anche certificabile ai sensi dell'art. 75, d. lgs. n. 276/2003. Anzi, si tratterebbe di una misura prudenziale da parte del committente in quanto poi il collaboratore non potrebbe più sostenere che, nello svolgimento del rapporto, tale orario è stato imposto. Assai più dubbio è invece convenire l'attribuzione al committente del potere di variare unilateralmente tale orario, perché ciò che non è compatibile con il concetto di coordinamento è il conferimento da parte del collaboratore di poteri conformativi e direttivi tipici del vincolo di subordinazione non predeterminati *ex ante*. Così, assegnare consensualmente il potere della specificazione da parte del committente delle attività da eseguire nell'ambito di quelle già concordate⁴, ove si traduca in un potere di conformazione o di scelta del "che cosa quando", fuoriesce da quelle misure di coordinamento consensualmente determinabili e l'eventuale certificazione di una tale clausola sarebbe soggetta all'invalidazione da parte del giudice per erronea qualificazione del contratto.

Anche per quanto riguarda gli accordi modificativi in corso di rapporto di tali modalità di realizzazione dell'oggetto del contratto, questi non sono preclusi dalla lettera della norma, potendo il committente avanzare la proposta negoziale e il collaboratore accettarla. È evidente, infatti, che in un rapporto di durata sia fisiologico che si ponga l'esigenza di adattare il coordinamento alle sopravvenute esigenze e variazioni dell'organizzazione che si riverberano sulle modalità dell'inserimento dell'attività del collaboratore, anche perché l'organizzazione del lavoro non è un teorema di geometria.

Senonché potrebbe accadere che il committente disponga una tale modifica e il collaboratore la esegua senza obiettare alcunché e che questa diventi una nuova modalità stabile del coordinamento rispetto a quanto pattuito nell'accordo iniziale. Il dubbio al riguardo è se sia ammissibile la volontà negoziale manifestata per comportamento concludente – come, ad esempio, la giurisprudenza riteneva nell'ipotesi di modifica in pejus delle mansioni al tempo del testo originario dell'art. 2103 cod. civ, prima della novella dell'art. 13 Stat. lav. –

oppure se, come sembra più coerente con il tenore testuale della norma, l'aver previsto il "rafforzativo", consistente nella locuzione "comune accordo" in aggiunta al termine "pattuito", impedisca di dare ingresso a manifestazioni di volontà tacite, e ciò in base al canone interpretativo del legislatore non ridondante.

4 D. MEZZACAPO, *Il superamento del contratto a progetto e la rinnovata centralità delle collaborazioni*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2020, Tomo I, p. 280.



Il principale punto critico della disposizione risiede dunque nell'assolutezza del suo tenore testuale, che non consentirebbe graduazioni per cui, a fronte di eventuali ingerenze del committente non pattuite, il rapporto non potrebbe che essere qualificato come subordinato, anche se l'intensità di tali ingerenze non dovessero raggiungere la "soglia" del potere direttivo di cui all'art. 2094 cod. civ. Ciò in quanto, in tale ipotesi, non essendo più configurabile un lavoro "coordinato", non resterebbe altro che un lavoro "subordinato", giacché non sono previste altre fattispecie intermedie.

Di qui un'ulteriore "asimmetria", questa volta rispetto a quanto disposto dall'art. 2, d. lgs. n. 81/15, in quanto verrebbe applicata la disciplina del rapporto di lavoro subordinato al verificarsi di ingerenze del committente anche blande, come ad esempio, istruzioni funzionali appunto al coordinamento, che non raggiungano neppure la soglia dell'etero-organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione richiesta da detto art. 2.

Sicché in presenza di qualsiasi ingerenza da parte del committente non consensualmente autorizzata il rapporto si trasformerebbe in rapporto di lavoro subordinato⁵.

Interessante, a proposito di questo groviglio sistematico, è la sentenza della Corte cost. 113/22, che, nel dichiarare incostituzionale per contrasto con l'art. 41 Cost. una legge della Regione Lazio che imponeva di utilizzare solo rapporti di lavoro subordinato nelle strutture accreditate con il Servizio Sanitario Nazionale per il personale sanitario dedicato ai servizi della persona, ha affermato che ben possono essere configurabili, inserite in tali organizzazioni, non solo rapporti di lavoro autonomo, di cui al Libro V, ma anche "rapporti di collaborazione che si concretino in prestazioni di lavoro prevalentemente personali continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente". Nessuna menzione, però, per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa a cui invece non si applica la disciplina del lavoro subordinato; per cui anche nella sistematica della Consulta sparisce dall'orizzonte l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Inoltre, sempre nella sentenza, si fa riferimento all'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/15, senza avvedersi che il personale sanitario riguarda le professioni ordinistiche, escluse dall'applicabilità di tale norma.

Nella sostanza la nuova versione dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., diverrebbe la norma che fissa il *limes*, il confine più avanzato, dell'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, sopravanzando anche l'art. 2, d. lgs. n. 81/15, che pure era stato congeniato a tal fine. Ma erano queste le intenzioni del legislatore? Vi è da dubitare, perché in questo modo si metterebbe fuori gioco l'art. 2094 c.c., non potendo qui venire in soccorso il, comunque fragile, distinguo tra norma di disciplina e norma di fattispecie.

Al riguardo, proprio per tentare di armonizzare queste due disposizioni si è avanzata la proposta interpretativa che risiede nel ritenere compatibili con la nozione di coordinamento quel livello di ingerenze del committente, pur non pattuite di comune accordo, analoghe a quelle previste espressamente per altri contratti di lavoro autonomo, che non sfocino in un

5 Per questa conclusione cfr. A. PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come orientarsi nel pensiero*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 2, pp. 267 ss., ivi 291 ss. e in particolare pp. 295-302.

potere conformativo della prestazione⁶. Si tratta del tema delle “prerogative di completamento”⁷, vale a dire di meccanismi di adeguamento *ex post* del creditore di prestazioni lavorative svolte con modalità non subordinate⁸, ovvero della distinzione elaborata sempre riguardo al contratto d’opera, tra ordini e istruzioni⁹.

Più nel concreto, mentre rimane incompatibile con il nuovo art. 409, il potere di organizzare i tempi della prestazione, e cioè il “che cosa quando”, così come quello di emanare ordini penetrati e continui, residuerebbe ancora uno spazio per quelle che si potrebbero definire come “disposizioni unilaterali di coordinamento”, nei cui confronti non è necessario dimostrare il consenso esplicito del collaboratore, senza che per questo venga meno la autonomia organizzativa a cui fa riferimento la norma.

2. Le ulteriori contraddizioni riguardanti le eccezioni all’art. 2, d.lgs. n.81/15, comma 1, previste dal comma 2.

A rendere ancor più confuso il quadro sistematico, contribuiscono le deroghe od eccezioni previste dal comma 2, rispetto all'effetto stabilito dal comma 1 dell’art. 2, cit.; si tratta di tipologie di collaborazioni che anche ove dovessero presentare i requisiti previsti della etero-organizzazione da parte del committente non beneficerebbero dell'applicazione del rapporto di lavoro subordinato.

A prescindere dalla questione più generale della disponibilità o no del tipo da parte della legge, anche questa disposizione derogatoria pone dei problemi di interpretazione sistematica, che risultano particolarmente evidenti al cospetto della ipotesi prevista la lett. b) del comma 2, riguardante le collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione ad albi, e cioè le cosiddette professioni ordinistiche, che sovente costituiscono l’oggetto di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, specie in alcuni settori, come ad esempio quello della sanità privata, ove i medici svolgono appunto la loro attività in modo continuativo nelle case di cura.

Al riguardo, il combinato disposto dell’art. 409 n. 3, cod. proc. civ, nuova versione, con la nozione legale di coordinamento, e del suddetto comma 2 dell’art 2, d. lgs. n. 23/15, unitamente all’interpretazione giurisprudenziale della subordinazione attenuata, può portare a risultati applicativi paradossali. Si consideri, ad esempio, che al medico che dimostri la sottoposizione al potere del committente in ordine alle modalità di esecuzione della sua prestazione, non sarà comunque applicabile la disciplina del rapporto di lavoro subordinato; ma, nel contempo, lui potrà comunque conquistarsi l'applicazione di tale disciplina in modo più semplice

6 In questo senso, M. MARAZZA, *In difesa del lavoro autonomo (dopo la legge n. 128 del 2019)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 1, pp. 61 ss., ivi 66; G. PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Lab. Law Iss.*, vol. 8, n. 1, 53 ss., ivi 65; e C. PISANI, *Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, n. 1, pp. 43-74, per le declinazioni del potere direttivo, del potere specificativo e di conformazione e delle differenze con il potere modificativo o *jus variandi* sovente confusi tra loro.

7 F. FERRARO, *Studio, cit.*, p. 414.

8 Cfr. A. PISU, *L’adeguamento dei contratti tra jus variandi e rinegoziazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 72.

9 Cfr. V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 136.



dimostrando addirittura di meno rispetto alla suddetta etero-organizzazione facendo valere la violazione della nozione legale di coordinamento, perché gli sarà sufficiente dare la prova di qualche ingerenza del committente al di là di quanto espressamente pattuito; oppure, come seconda scelta, potrà far valere la giurisprudenza sulla subordinazione attenuata, senza sobbarcarsi l'onere della prova di essere stato sottoposto comunque a un potere da parte del committente in ordine all'esecuzione della prestazione lavorativa. Nei confronti di queste conclusioni si potrebbe eccepire che l'art. 2 non è norma di fattispecie ma solo di disciplina. Ma sono proprio le suddette contraddizioni che fanno emergere la fragilità, se non l'inutilità, di tale distinguo da un punto di vista applicativo.

Il legislatore, forse presagendo queste incertezze, ha tentato di porvi parzialmente rimedio prevedendo, all'art. 2, comma 3, d. lgs. n. 81/15, la facoltà delle parti di far certificare dall'apposita Commissione l'"assenza dei requisiti di cui al comma 1". La disposizione - probabilmente superflua in quanto anche le collaborazioni eterorganizzate rientrano nell'ampia norma generale sull'ambito di applicazione dell'art. 75, d. lgs. n. 276/2003-, possiede l'efficacia relativa tipica della Certificazione, essendo essa sempre soggetta alla sindacabilità da parte del giudice, non solo per erronea qualificazione del contratto, ma anche e soprattutto, alla verifica dell'eventuale difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva applicazione¹⁰.

Nel 2018, di fronte a queste due norme -l'art. 2, d. lgs. n. 81/15, e l'art. 15, l. n. 81/17- scrivevo che era alta la probabilità che tali norme diventassero sostanzialmente irrilevanti, continuando a prevalere gli attuali orientamenti giudiziali in materia di accertamento del rapporto di lavoro subordinato¹¹. A distanza di otto e rispettivamente cinque anni dall'entrata in vigore delle suddette norme, quella previsione sembra avverata. Questo emerge con particolare evidenza nelle aule di giustizia dove pulsa la "carne viva" dell'effettività delle discipline. Qui si riscontra un dato singolare: nel contenzioso per l'accertamento del rapporto di lavoro subordinato chi invoca quella tutela si tiene alla larga dall'art. 2, e anche dal nuovo art. 419, per far valere invece i forse più agevoli indici secondari della subordinazione attenuata.

Si assiste così a curiosa inversione dei ruoli allorché il convenuto, datore di lavoro in quelle cause, fa valere come argomento contrario proprio l'art. 2, che nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto facilitare l'accesso a quella tutela, per eccepire il mancato assolvimento dell'onere della prova da parte del ricorrente del fatto che il committente abbia organizzato le modalità di esecuzione della prestazione, o che addirittura non sia neppure sufficiente tale prova nel caso delle professioni ordinistiche in virtù dell'inapplicabilità del comma 1. E così risulta assai raro che le sentenze di accertamento della subordinazione si basino sull'art. 2, così come sul mancato rispetto da parte del committente dell'autonoma organizzazione dell'attività lavorativa di cui alla nozione legale di coordinamento di cui all'art. 409. Si preferisce piuttosto basarsi sugli indici presuntivi o indizianti o secondari. Né si può pensare che per le professioni ordinistiche questa sia la strada obbligata in ragione della non

10 Cfr. D. MEZZACAPO, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2020, Tomo I, p. 264.

11 C. PISANI, *Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione*, cit., p. 43 ss.



applicabilità ad esse del comma 1 dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, in quanto ad esse non è preclusa appunto l'applicabilità dei limiti introdotti dalla nozione legale di coordinamento.

3. La strada più agevole per la conquista della subordinazione: gli indici secondari con la loro incerta natura giuridica.

In realtà è accaduto che, mentre il legislatore si ostinava ad adottare tecniche normative che nelle intenzioni volevano essere uno stratagemma per consentire di accedere al sistema di tutele previsto per il lavoro subordinato a quelle categorie di lavoratori non in grado di dimostrare giudizialmente la sottoposizione al potere direttivo, la giurisprudenza ha utilizzato la tecnica di facilitare tale prova mediante l'elaborazione della c.d. "subordinazione attenuata" che comporta la (iper)valorizzazione dei c.d. elementi secondari, ma più precisamente "indizianti", di tale subordinazione, fino a farli diventare, in alcuni orientamenti, elementi costitutivi della fattispecie che quindi in un certo senso vivono di vita propria.

Ciò risulta evidente se si considera che, in base ai prevalenti orientamenti della giurisprudenza, oggi si può ottenere l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato anche solo dimostrando la continuità della prestazione, il rispetto di un orario predeterminato, la percezione a cadenze fisse di un compenso prestabilito, l'assenza in capo al lavoratore di una, seppur minima, struttura imprenditoriale.

Pertanto, la sensazione è che per l'art. 2, ben si attagli la famosa metafora di D'Antona, e cioè che si tratti di "ponti superbi che conducono nel deserto", mentre quello degli indici secondari della subordinazione attenuata è un ponte di discutibile fattura su cui però tutti finiscono per passare perché fa risparmiare strada qui, verso l'accertamento della subordinazione. Non a caso questa presa da atto ha fatto affermare che a otto anni dall'entrata in vigore del decreto n. 81/15, le speranze riposte dell'art. 2 siano state in grandi parti deluse¹².

Alla luce di ciò emerge che, ragionare di ambito d'applicazione dell'art. 2, d. lgs. 81, o del nuovo art. 409, senza fare i conti di come poi nella realtà la giurisprudenza decide il contezioso sulla domanda tendente ad ottenere le tutele del lavoro subordinato, porta inevitabilmente a una certa astrattezza nelle ricostruzioni. Infatti, a ma pare che il dibattito soffra un po' di un eccesso di dommatismo.

Ritengo quindi che paradossalmente il problema centrale sia quello di rapportare o raccordare la giurisprudenza sui c.d. indici secondari con queste due norme.

Ma per fare ciò, occorrerebbe finalmente spendere una parola di chiarezza sulla normativa questi indici.

Già nel 2002 Mengoni metteva in luce la tendenza "dell'espansione delle tutele del lavoro subordinato, ostinatamente perseguita dalla giurisprudenza con l'elaborazione di una serie di indici empirici non previsti nella definizione del 2094, e sovente arbitrari"¹³. Del resto, pare evidente la confusione tra suddetti indici e l'elemento costitutivo della subordinazione, ossia il potere direttivo.

12 F. FERRARO, *Studio sulla collaborazione coordinata*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 532.

13 L. MENGONI, *I contratti di lavoro nel secolo XX*. Intervento Convegno AIDLASS 2002, Padova, p. 14.



Non per caso sono state evidenziate di recente contraddizioni sulle quali poco si riflette in merito all'uso giurisprudenziale di tali indici¹⁴.

In altri termini, si tratta di capire, o di uscire dal seguente equivoco, soprattutto nei casi di c.d. subordinazione attenuata, diventati la maggioranza nel contenzioso: allorquando nelle sentenze si fa ricorso agli indici secondari, è perché il potere direttivo viene ritenuto ormai non più significativo ai fini dell'accertamento della subordinazione e quindi viene soppiantato da altri elementi distintivi della fattispecie; oppure perché esso è più difficile da dimostrare mediante la prova diretta, per cui si ricorre alla prova presuntiva, che però ha comunque per oggetto, o come suo punto di arrivo, il "fatto" dell'avvenuto esercizio in quel determinato rapporto del potere direttivo, nelle sue varie manifestazioni o declinazioni.

Se si adotta questa seconda ricostruzione, allora bisogna essere coerenti e affermare con chiarezza che si tratta dell'applicazione dell'articolo 2729 cod. civ., con tutto quello che ne consegue in termini di selezione di tali indici in base ai requisiti di "gravità e "precisione", oltre che di "concordanza".

Ma si tratta anche, o forse soprattutto, di individuare precisamente il fatto ignoto a cui risalire tramite i fatti indizianti: se questo deve consistere in un "fatto", allora non può essere visto genericamente nel vincolo di subordinazione, che invece è una qualificazione in diritto e quindi rientra nel procedimento di sussunzione che deve operare il giudice in base al fatto ignoto provato mediante la presunzione. Il fatto ignoto dovrebbe invece consistere nell'elemento caratterizzante e distintivo della fattispecie, e cioè la sottoposizione al potere direttivo, inteso in tutta la sua complessità e nelle sue varie dimensioni; altrimenti si corre il rischio di generare una gran confusione perché, o si dà rilevanza a fatti che non presentano alcuna gravità e precisione in relazione al potere direttivo, oppure, non poche volte, la sottoposizione al potere direttivo viene intesa come uno degli indici, divenendo esso stesso un fatto indiziante, e non più il fatto ignoto a cui risalire mediante il ragionamento inferenziale logico -induttivo. Il che porta poi ad ulteriori distinzioni tra indici sintomatici principali e secondari che rendono ancora più confuso il quadro di riferimento.

Inquadrare gli indici nell'ambito delle presunzioni semplici dovrebbe consentire altresì di ampliare il controllo in sede di legittimità sull'operato dei giudici di merito, nel momento in cui dovrebbero venire meno i dubbi sulla censurabilità in Cassazione per violazione di norme di diritto *ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ.*, dell'erronea individuazione del fatto ignoto, così come

14 C. PISANI, *Fatti indizianti di una presunzione o elementi costitutivi della fattispecie?*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; F. CARINCI, *Dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; E. GRAGNOLI, *La subordinazione e l'art. 2 del decreto legislativo n. 81 del 2015*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; F. LUNARDON, *La subordinazione come rimedio alle carenze del legislatore*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; G. PROIA, *Gli indici sintomatici nel groviglio delle fattispecie contrattuali*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; B. SASSANI, *Sull'impiego nel processo dei c.d. indici della subordinazione*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; V. SPEZIALE, *Indici giurisprudenziali della subordinazione, presunzioni semplici, lavoro autonomo etero-organizzato e co.co.co.*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; P. TOSI, *C'erano una volta le fattispecie e c'erano una volta gli indici della subordinazione ...!*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; C. ZOLI, *La subordinazione e i nuovi scenari: un cantiere aperto*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.



della rilevanza attribuita a fatti indizianti privi invece dei requisiti della gravità, precisione o concordanza, ai sensi dell'art. 2729 cod. civ.

Il ruolo centrale che così vengono ad acquisire le presunzioni semplici anche nell'accertamento del rapporto di lavoro subordinato sembra peraltro coerente con una tendenza più generale di rivalutazione di tale strumento di prova. È noto, infatti, che esse hanno progressivamente acquistato un ruolo di primo piano nella giurisprudenza, di pari passo con la valorizzazione del principio, o diritto, ad un rimedio effettivo; basti pensare alla materia del risarcimento del danno, soprattutto non patrimoniale.

Non si tratta dunque di astratte dispute accademiche, ma di aspetti importantissimi proprio a livello del contenzioso, in quanto tutte le ricostruzioni sistematiche alla fine devono fare i conti con l'individuazione dei fatti specifici che il ricorrente deve introdurre in giudizio e poi provare, anche perché, come è noto, la presunzione non esonera certo la parte interessata dall'allegazione sia del fatto ignoto che dei fatti indizianti. Proprio per questo motivo, porsi nella prospettiva della prova, e nello specifico di quella per presunzioni, si rivela utile per mettere in evidenza il catalogo dei problemi irrisolti, poiché si è costretti ad individuare precisamente i fatti costitutivi di una fattispecie, ed è quindi una sorta di cartina di tornasole, o una prova di resistenza, idonea a far emergere i limiti di teorie eccessivamente astratte, di magnifici ponti, dove però poi nessuno riesce a passare, come appunto sosteneva Massimo D'Antona.

In conclusione, si assiste in questa tormentata area di confine a una delle più evidenti manifestazioni di quel vizio endemico dell'ordinamento lavoristico, che Giugni¹⁵ aveva individuato nella stratificazione alluvionale di norme mal fatte che poco o nulla si raccordano tra loro, con la particolarità qui che neppure si armonizzano con i prevalenti orientamenti giurisprudenziali.

Ciò in quanto il legislatore insegue da tempo una difficile quadratura del cerchio, tra finalità anti-fraudolente, esigenze di tutela, libertà costituzionale di scelta del tipo di lavoro, nel tentativo di stabilizzare quella parte di lavoro autonomo caratterizzato da mono committenza e da inserimento continuativo del collaboratore nell'organizzazione del committente, con assenza di rilevanti mezzi propri. Ma l'impressione è che su questa linea di confine, quanto più il legislatore giuridifica, tanto più sembra creare confusione e contraddizione, evocando l'immagine di chi è immerso nelle sabbie mobili, che più si agita e più sprofonda. La verità probabilmente è che se si vuole incidere razionalmente in questa materia è abbastanza illusorio limitarsi a modifiche sul versante della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative, se non si affronta la questione centrale riguardante la nozione di lavoro subordinato, andando alla ricerca di nuovi paradigmi al passo con i tempi che superino la concezione barassiana per arrivare finalmente a quella graduazione delle tutele a seconda, non tanto della sempre più sfuggenti modalità di esecuzione della prestazione, quanto piuttosto di criteri rivelatori della debolezza economica del collaboratore e della implicazione della sua persona, che costituiscono, nella sostanza, l'immutabile *ratio essendi* del diritto del lavoro.

15 G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni Ottanta*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 373.



LE COMUNITA' ENERGETICHE E LA SAGACIA DI PIRANDELLO

Paolo Brambilla*

Abstract [It]: I nuovi incentivi alla diffusione dell'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili, introdotti dal Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, presumibilmente saranno d'aiuto nella diffusione delle comunità energetiche rinnovabili sul territorio italiano. Rimangono, tuttavia, diversi aspetti controversi nella disciplina delle comunità energetiche, che meritano una riflessione più approfondita, dal momento che sollevano criticità tanto di ordine operativo, quanto di ordine sistematico.

Abstract [En]: The new incentives for the spread of self-consumption of energy from renewable sources, recently introduced by the Ministry of the Environment and Energy Security, will presumably help in the spread of renewable energy communities on Italian territory. There remain, however, several controversial aspects in the regulation of energy communities that deserve further consideration, since they raise critical issues of both an operational and systematic nature.

SOMMARIO: 1. Il nuovo decreto di incentivazione alla diffusione dell'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili. 2. La nozione di "Comunità energetica", tra problemi interpretativi e limiti normativi. 3. L'attuale articolazione della disciplina delle Comunità energetiche. 4. La necessità di un dialogo "effettivo" tra i soggetti coinvolti. 5. I possibili contrasti tra gli "interessi in gioco". 6. Il rapporto tra la normativa CER statale e regionale. 7. L'"affidabilità" del sistema di incentivazione delle Comunità energetiche. 8. La forma giuridica delle Comunità energetiche. 9. Il rispetto delle tempistiche del PNRR. 10. Considerazioni conclusive.

1. Il nuovo decreto di incentivazione alla diffusione dell'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili

Il 6 dicembre 2023 il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE) ha approvato il decreto di incentivazione alla diffusione dell'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili, previsto dall'art. 8, comma 2, del D.Lgs. n. 199/2021, dopo il via libera della Commissione Europea, atteso per oltre sei mesi e giunto solo a seguito di una approfondita verifica della compatibilità dell'intervento rispetto al regime sugli aiuti di Stato¹.

1* Assegnista di ricerca, Università Ca Foscari Venezia.



Il decreto di cui trattasi, pubblicato il 23 gennaio 2024 con il n. 414/2023 ed entrato in vigore dal giorno successivo, è incentrato su due misure cardine²: da un lato, una tariffa incentivante sull'energia prodotta da impianti a fonti rinnovabili inseriti nelle cd. configurazioni di autoconsumo per la condivisione dell'energia rinnovabile (CACER), dall'altro lato, un contributo a fondo perduto, per le CER ed i sistemi di autoconsumo collettivo realizzati nei comuni sotto i 5.000 abitanti, fino al 40% dei costi ammissibili in relazione all'investimento effettuato per realizzare un nuovo impianto o per potenziarne uno esistente (art. 1)³.

Le condizioni di ammissibilità ai suddetti incentivi sono fissate rispettivamente agli artt. 3 e 7 – integrati dalle previsioni di dettaglio riguardanti gli impianti a biogas e biomassa contenute all'All. 3 – i quali distinguono i presupposti di natura “tecnica” da quelli “giuridici”, tra cui compare anche quello relativo al possesso dei cd. “requisiti generali”, richiesto agli operatori che sottoscrivono contratti con la p.a., con un esplicito rinvio alla disciplina dei contratti pubblici (ancorché il testo faccia ancora riferimento al precedente codice di cui al D.Lgs. n. 50/2016) ed a quella contenuta nel Codice delle leggi antimafia (D.Lgs. n. 159/2011). Da un esame del testo di decreto si evince inoltre che la potenza finanziabile attraverso gli incentivi ministeriali sarà pari a 5 GW complessivi, con un limite temporale fissato al 31 dicembre 2027 (cfr. art. 1)⁴.

La notizia è apparsa direttamente sul sito istituzionale del MASE il 22 novembre 2023 <https://www.mase.gov.it/comunicati/energia-libera-di-bruxelles-allincentivo-le-comunita-energetiche-rinnovabili>.

2 Il testo era peraltro già agevolmente rinvenibile in rete prima della pubblicazione: a titolo esemplificativo, cfr. <https://www.certifico.com/component/attachments/download/37787>.

3 Il quale prevede che «il presente decreto, nel perseguire gli obiettivi di decarbonizzazione al 2030, disciplina, ai sensi dell'articolo 8 del decreto legislativo n. 199 del 2021, le modalità di incentivazione per sostenere l'energia elettrica prodotta da impianti a fonti rinnovabili inseriti in configurazioni di autoconsumo per la condivisione dell'energia rinnovabile di cui all'articolo 2, comma 1, lettera h), e definisce criteri e modalità per la concessione dei contributi previsti dalla Missione 2, Componente 2, Investimento 1.2 (Promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l'autoconsumo) del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora in avanti PNRR).

2. Il Titolo II del presente decreto reca disposizioni per la definizione degli incentivi sotto forma di tariffa incentivante sulla quota di energia condivisa per gli impianti a fonti rinnovabili inseriti in configurazioni di autoconsumo per la condivisione dell'energia rinnovabile di cui all'articolo 2, comma 1, lettera h) e si applica fino al trentesimo giorno successivo alla data del raggiungimento di un contingente di potenza incentivata pari a 5 GW, e comunque non oltre il 31 dicembre 2027.

3. Il Titolo III del presente decreto reca disposizioni per l'erogazione di contributi in conto capitale fino al 40 per cento dei costi ammissibili per lo sviluppo delle comunità energetiche e delle configurazioni di autoconsumo collettivo nei comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti attraverso la realizzazione di impianti a fonti rinnovabili, anche abbinati a sistemi di accumulo di energia in attuazione della Missione 2, Componente 2, Investimento 1.2 (Promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l'autoconsumo) del PNRR. Le disposizioni del medesimo Titolo III si applicano fino al 30 giugno 2026 per la realizzazione di una potenza complessiva pari almeno a 2 GW, ed una produzione indicativa di almeno 2.500 GWh/anno e nel limite delle risorse finanziarie attribuite a valere sul PNRR».

4 Come riportato nel comunicato apparso sul sito web del MASE di cui alla nt. 1, inoltre, «questa misura è finanziata con 2,2 miliardi dal PNRR, con l'obiettivo di realizzare una potenza complessiva di almeno 2 Gigawatt. Il contributo a fondo perduto potrà essere cumulato con la tariffa incentivante entro limiti definiti. I



La determinazione delle tariffe incentivanti avviene – nella forma della “tariffa premio” – sulla base del calcolo contenuto all’Allegato 1 del decreto, mentre il periodo di diritto al percepimento dell’incentivo è pari a 20 anni a decorrere «dalla data di entrata in esercizio commerciale dell’impianto» (art. 4)⁵. Entro i limiti previsti all’art. 6 del decreto, inoltre, è previsto che la tariffa incentivante o “tariffa spettante”⁶ possa anche essere cumulata con il contributo a fondo perduto⁷.

L’art. 4, comma 6 specifica altresì che spetta al Gestore Servizi Energetici (GSE) provvedere

benefici previsti riguardano tutte le tecnologie rinnovabili, quali ad esempio il fotovoltaico, l’eolico, l’idroelettrico e le biomasse. Per le CER, i destinatari del provvedimento possono essere gruppi di cittadini, condomini, piccole e medie imprese, ma anche enti locali, cooperative, associazioni ed enti religiosi. La potenza dei singoli impianti non può superare il Megawatt. Passaggio iniziale per la realizzazione di una CER, dopo l’individuazione dell’area interessata alla costruzione dell’impianto e della cabina primaria, è l’atto costitutivo del sodalizio, che dovrà avere come oggetto sociale prevalente i benefici ambientali, economici e sociali. Il soggetto gestore della misura è il GSE, che valuterà i requisiti di accesso ai benefici ed erogherà gli incentivi e che, su istanza dei soggetti interessati, potrà eventualmente verificare l’ammissibilità in via preliminare».

5 Disposizione che prevede, in particolare, che «1. Fermo restando quanto previsto dal comma 2, alla quota di energia condivisa nell’ambito delle CACER attraverso la porzione di rete di distribuzione sottesa alla medesima cabina primaria è attribuita una tariffa incentivante in forma di tariffa premio, calcolata sulla base dell’Allegato 1.

2. L’intera energia prodotta e immessa in rete resta nella disponibilità del produttore, con facoltà di cessione al GSE con le modalità di cui all’articolo 13, comma 3, del decreto legislativo n. 387 del 2003.

3. Il periodo di diritto alla tariffa incentivante decorre dalla data di entrata in esercizio commerciale dell’impianto ed è pari a 20 anni, considerato al netto di eventuali fermate derivanti da cause di forza maggiore ovvero di fermate effettuate per la realizzazione di interventi di ammodernamento e potenziamento non incentivati.

4. Per i potenziamenti di impianti esistenti gli incentivi di cui al presente Titolo si applicano limitatamente alla nuova sezione di impianto ascrivibile al potenziamento, nel limite di quanto previsto all’art. 3, comma 2, lettera a).

5. L’ARERA definisce, ai sensi dell’articolo 5, comma 1, lettera e), del decreto legislativo n. 199 del 2021, le modalità con le quali trovano copertura sulle componenti tariffarie dell’energia elettrica le risorse necessarie per l’erogazione delle tariffe incentivanti di cui Titolo II.

6. Il GSE provvede ad erogare le tariffe incentivanti di cui al presente Titolo congiuntamente al corrispettivo di valorizzazione individuato da ARERA con deliberazione 727/2022/R/EEL.

7. La tariffa spettante resta ferma per l’intero periodo di diritto agli incentivi».

6 Definita, all’art. 3, comma 1, lett. l) del Decreto, come «la tariffa attribuita all’impianto, calcolata sulla base di quanto stabilito nell’allegato 1».

7 Secondo l’art. 6 del decreto, in particolare: «1. Gli incentivi di cui al presente Titolo sono cumulabili con contributi in conto capitale nella misura massima del 40 per cento, nel rispetto del principio di divieto di doppio finanziamento di cui all’art. 9 del Reg. (UE) 241/2021. In tal caso, l’incentivo è ridotto secondo le modalità di cui all’allegato 1. 2. Fermo restando quanto statuito dall’articolo 16-bis, comma 1, lettera h), del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, ai fini di quanto previsto dall’articolo 119, comma 7, del decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34, convertito con legge 17 luglio 2020 n.77, le tariffe incentivanti non si applicano all’energia elettrica condivisa sottesa alla quota di potenza di impianti fotovoltaici che ha accesso al Superbonus, per la quale resta fermo il diritto al contributo di cui all’articolo 32, comma 3, lettera a) del decreto legislativo n. 199 del 2021, nonché l’obbligo di cessione secondo le modalità previste dalle disposizioni di cui all’articolo 119, comma 7, del predetto decreto».



«ad erogare le tariffe incentivanti di cui al presente Titolo congiuntamente al corrispettivo di valorizzazione individuato da ARERA con deliberazione 727/2022/R/EEL», che deve essere determinato ogni anno e vale circa 8 €/MWh.

Le procedure per l'accesso agli incentivi e per il percepimento del contributo in conto capitale sono regolate analiticamente dal decreto, rispettivamente agli artt. 5 e 10, il quale ovviamente attribuisce la competenza alla relativa erogazione allo stesso GSE, al quale peraltro compete anche la valutazione circa la possibile decadenza dai contributi⁸.

Entro i successivi 30 giorni dalla entrata in vigore del decreto è prevista l'approvazione da parte del MASE, previa verifica della ARERA e su proposta del GSE, delle regole che dovranno disciplinare le modalità e le tempistiche di riconoscimento degli incentivi, circostanza che si è effettivamente verificata con il recente decreto direttoriale del 23 febbraio 2024⁹; sempre il GSE sarà altresì chiamato a mettere in esercizio la piattaforma per l'invio delle richieste di accesso all'incentivo, entro 45 giorni (art. 11, comma 3).

Il decreto ministeriale, nell'introdurre le sopra riferite misure, rappresenta un ulteriore tassello che gli operatori stavano attendendo da tempo per l'effettiva attivazione delle CER. Queste ultime, come noto, non costituiscono solo uno degli strumenti cardine della politica ambientale avviata negli ultimi anni dalle Istituzioni europee¹⁰, ma sono da tempo al centro di una profonda riflessione da parte della dottrina giuridica, anche alla luce delle prime esperienze realizzate nel territorio nazionale¹¹, con riguardo sia al loro collocamento rispetto alle diverse iniziative normative avviate in sede europea (da ultima, rispetto, in particolare, alla Direttiva 1791/2023)¹², sia al loro inquadramento ed ai caratteri che le

8 Cfr., oltre nel testo, ove verrà esaminata la relativa disciplina.

9 Il decreto e le allegate regole operative sono rinvenibili sul sito istituzionale del GSE (www.gse.it).

10 Cfr., in particolare, per un inquadramento anche in prospettiva del ruolo delle CE, N. Rossetto, *Comunità energetiche a fonti rinnovabili*, in *Energia*, 2/2022; V. Pepe, *Le "Comunità Energetiche" come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile. Prime note sull'esperienza francese*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XXII – Fasc. n. 3/2022, nonché R. Miccù – M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2022, 603 ss. e L. Di Cerbo, *Le comunità energetiche - Il nomos delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune*, in *Giur. It.*, n. 12/2023, 2749 ss. e V. Cappelli, *Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 2/2023, 381, ss.

11 A tale riguardo si vedano in particolare gli approfondimenti svolti da C. Iaione - A. Nuzzo - E. De Nictolis - R. Piselli - L. Kappler - A. Piperno - A. Aquili, *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*, Report Ricerca di Sistema Elettrico, ENEA, dicembre 2021, nonché M.L. De Vidovich - L. Tricarico - M. Zulaniello (a cura di), *Community energy map. Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, Milano, 2021, 17, ss.; G. Proietto - E. Rossi Scarpa Gregorj, *Autoconsumo collettivo e comunità energetiche: prime riflessioni sul recepimento della Direttiva RED II (D. Lgs. 199/2021 e D.L. n. 17/2022)*, in *Management delle utilities e delle infrastrutture*, n. 2/2022, 58.

12 Sulla Direttiva n. 1791/2023, entrata in vigore il 10 ottobre 2023, si veda in particolare il contributo di A. Quaranta, *Nuova Direttiva sull'efficienza energetica: le prime impressioni a caldo*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 12, 1° dicembre 2023, 731; per un inquadramento relativo al contesto generale nel quale si collocano le Comunità energetiche si vedano, tra i numerosissimi contributi sul tema, AA.VV., *Local Energy*



contraddistinguono¹³, sia al rapporto con le altre figure che animano l'articolata disciplina delle forme di energia generate da fonti rinnovabili e non¹⁴, prima tra tutte la Comunità energetica dei cittadini (CEC), nonché al ruolo che gli enti locali e gli altri enti pubblici territoriali possono essere chiamati ad assumere rispetto alle stesse¹⁵.

Le argomentazioni sviluppate negli ultimi anni dalla dottrina giuridica hanno arricchito parallele riflessioni svolte dalla letteratura (soprattutto) economica, sociologica ed in materia urbanistica, la quale, pur elogiando gli aspetti positivi sottesi alla disciplina delle CER – in via più generale, delle Comunità energetiche (CE), alle quali possono essere ricondotte anche le CEC – ne ha tuttavia messo bene in luce anche quelli più controversi¹⁶.

Nei contributi degli autori che se ne sono occupati, in particolare, le Comunità sono sovente presentate con toni entusiastici, intesi a sottolineare i numerosi benefici ambientali, sociali ed economici che dovrebbero discendere dalla loro introduzione; non manca poi chi, proprio in tale prospettiva, ha sottolineato come esse possano rappresentare una vera e propria rivoluzione nel paradigma concettuale della partecipazione attiva dei cittadini allo sviluppo

Communities: definizione visione, modelli, tecnologie, Report Ricerca di Sistema Elettrico, ENEA, dicembre 2019; A.G. Grasso, *Energia condivisa. Nuove questioni e improponibilità di vecchie soluzioni in materia di responsabilità*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 6/2023, 1406; G. Spina, *CER come modello strategico gestionale di sviluppo sostenibile - Parte I*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 8-9/ 2023, 53 ss.

13 A. Bernardoni - C. Borzaga - J. Sforzi, *Comunità energetiche rinnovabili*, in *Impresa Sociale*, 2/2022, 77 ss.; M. Romeo, *Produzione di agroenergie, autoconsumo collettivo e comunità energetiche*, in *Dir. e Giur. Agraria, Alimentare e dell'Ambiente*, 4/2021, 1 ss.; F. Bartolini, *Le comunità energetiche - I contratti di godimento per lo sviluppo delle comunità energetiche*, in *Giur. It.*, n. 12/2023, 2781; M. Meli, *Le comunità energetiche - Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, in *Giur. It.*, n. 12/2023, 2761; L. Balestra, *Le comunità energetiche - Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, in *Giur. It.*, n. 12/2023, 2772, ss.

14 E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, n. 1/2020, 71 ss.

15 C. Bevilacqua, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 13 maggio 2020, nonché M. Bianchi, *Comunità Energetiche Rinnovabili ed Enti locali Azienditalia*, n. 3/2023, 475, ss. Più in generale sul ruolo degli enti locali rispetto all'attuazione delle politiche energetiche si veda P. M. Rosa Salva, *Gli enti locali nella transizione energetica. Nuovi metodi e strumenti per il governo del territorio*, Torino, Giappichelli, 2023.

16 Cfr., al riguardo, V. Brummer, *Community energy – benefits and barriers: A comparative literature review of Community Energy in the UK, Germany and the USA, the benefits it provides for society and the barriers it faces*, *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2018, Vol. 94, 187-196; F.H.J.M. Coenen - T. Hoppe, *Renewable Energy Communities and the Low Carbon Energy Transition in Europe*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021; M.D. Tarhan, *Renewable Energy Cooperatives: a Review of Demonstrated Impacts and Limitations*, in *Journal of Entrepreneurial Organizational Diversity*, 2015, Vol. 4, I, 104-120, nonché, più di recente, si veda G. Franco – M. Casanova, *Patrimonio Culturale e Comunità Energetiche: Criticità e opportunità*, in *Techne*, n. 26/2023; A. Piattelli, *Valenze strategiche delle Comunità Energetiche*, in *Archalp*, n. 9/2022, 29 ss.; A. Basti – M. Misceo – E. Di Giuseppe, *Comunità energetiche e qualità architettonica dei centri storici minori*, in *Techne*, 26/2023, 151 ss.



della società civile¹⁷, o, addirittura, che le stesse siano in grado di costituire una «*utile risorsa per il contrasto con la povertà energetica*»¹⁸.

Tale approccio mette in luce gli indubbi aspetti positivi sottesi alla stessa “concezione” di tali Comunità. Senonché, esso, pur di per sé condivisibile, rischia di porre in secondo piano le ambiguità ed i dubbi che la normativa in questione solleva e che il provvedimento ministeriale, recante gli incentivi sopra menzionati, per le finalità che si pone, non può essere in grado di superare.

Tra le principali criticità ravvisabili a tale riguardo, in particolare, appare ad oggi possibile enuclearne otto: (a) la prima attiene alla effettiva individuazione e perimetrazione della nozione di “Comunità energetica”; (b) la seconda afferisce alla attuale articolazione della relativa disciplina normativa; (c) la terza riguarda le modalità ed i termini del dialogo che si possono instaurare tra i vari enti ed organi coinvolti nella costituzione, gestione e regolazione delle Comunità; (d) la quarta afferisce ai possibili contrasti con gli interessi pubblico-privati sottesi all’attivazione delle Comunità; (e) la quinta concerne la delimitazione del rapporto tra normativa statale e regionale nella regolazione delle Comunità; (f) la sesta è relativa al problema dell’affidamento del privato sul mantenimento degli incentivi previsti; (g) la settima attiene alla individuazione di un modello giuridico di riferimento per la CER; (h) l’ultima afferisce, infine, alle difficoltà di rispettare le tempistiche previste dal PNRR sulla costituzione ed attivazione delle Comunità energetiche.

La recente pubblicazione del decreto di cui trattasi rappresenta l’occasione per fare qualche riflessione sulle principali questioni che sono sottese proprio alle criticità sopra enucleate.

2. La nozione di “Comunità energetica”, tra problemi interpretativi e limiti normativi.

Il primo aspetto critico che si pone attiene alla effettiva individuazione della nozione di “Comunità energetica”.

Già prima dell’entrata in vigore della disciplina attuale si era discusso della perimetrazione di tale istituto, al fine di chiarirne il concetto, attraverso l’enucleazione di quelle che potevano essere ritenute le sue “cifre caratterizzanti”: il dibattito ha portato taluni a rinvenirle

17 T. Favaro, *Transizione energetica e amministrazione decentrata*, in *GiustAmm.it*, n. 6/2020, nonché C. Mari, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *www.federalismi.it*, n. 29/2022, ove si evidenzia come “*la partecipazione dei cittadini e delle imprese alle comunità energetiche implica un’equiparazione con i soggetti pubblici sia nell’ambito della comunità – basti considerare gli stessi diritti attribuiti ai componenti – sia nei rapporti esterni – come nel caso della conoscenza delle informazioni rilevanti o dell’attività volta ad ampliare la platea degli interessati*”. Sul tema della partecipazione civica nelle CE si veda altresì E. Frediani, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Dir. Amm.*, fasc. 2/2023, 301 ss., ove, nell’inquadrate le Comunità energetiche, rileva che «*si tratta, a ben vedere ed in definitiva, della traduzione in chiave giuridica di quelle che gli studi di scienza dell’amministrazione hanno definito in termini di « comunità di pratica »: vere e proprie « istituzioni fattuali » della ripresa post-pandemica, il cui carattere deriva dal fatto di costituire una forma organizzativa finalizzata alla qualificazione di problemi rispetto ai quali vengono individuate soluzioni innovative che scaturiscono da una relazione cooperativa-costruttiva [...]».*

18 A. Grignani, *Le comunità di energia rinnovabile: utile risorsa per il contrasto con la povertà energetica*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 2/2023, 113.



principalmente sugli aspetti tecnologici, altri nella loro “dimensione sociologica”, altri piuttosto nella “dimensione economica”, prospettiva, quest’ultima, declinabile sul piano della innovazione organizzativa del modello di Comunità, nella sua capacità di realizzare un modello di impresa sostenibile, in grado di perseguire gli obiettivi dettati dalla transizione ecologica, o nella sua aspirazione a coniugare l’aspetto logistico (comunità omogenea di spazi) con quello degli interessi (comunità omogenea di interessi); v’è stato, poi, chi, ritenendo non esaustiva la riconduzione dell’istituto al concetto di “comunità”, lo ha anche definito in termini di “processo”, “prodotto”, “attore”, “network” o “identità comune”, cogliendo così altri aspetti della fattispecie, tant’è che ad oggi in letteratura non si rinviene una definizione universalmente condivisa¹⁹.

La disciplina europea e quella nazionale – come meglio si vedrà di seguito – non ha ritenuto di introdurre alcuna definizione generale di Comunità energetica, andando piuttosto a definire le singole figure oggetto di regolazione, ossia, da un lato, le CER e all’altro lato, le CEC, figure, peraltro, introdotte e regolate attraverso percorsi normativi differenti.

Alla luce di ciò, l’approccio al tema si deve quindi giocoforza capovolgere, dal momento che la ricerca di una possibile nozione di CE deve essere rinvenuta all’interno dei fattori comuni che il legislatore europeo (e nazionale) ha identificato nei due modelli “a valle” e, del resto, non è un caso che la dottrina prevalente si sia mossa proprio in questo senso²⁰.

19 Per tutti, si veda AA.VV., *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*, cit., 16-17, nonché gli autori ivi richiamati in nota; cfr. altresì V. Z. Gjorgievski – S. Cundeva – G.E. Georghiou *Social arrangements, technical designs and impacts of energy communities: A review*, in *Renewable Energy*, V. 169, 5/2021, 1138-1156.

20 Cfr., in particolare, E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., 84 ss., il quale ha ritenuto di individuare sette profili di somiglianza tra i due modelli, consistenti in particolare nel fatto che:

- (a) corrispondono a un soggetto giuridico distinto dai loro componenti;
- (b) perseguono sostanzialmente le stesse finalità, ossia, per l’appunto «fornire benefici ambientali, economici o sociali vuoi ai membri della comunità energetica vuoi al territorio e alla popolazione in cui opera tale comunità, piuttosto che profitti finanziari ai predetti membri». Aggiungendo che da ciò «discende che una comunità energetica: (i) deve perseguire uno scopo mutualistico in favore dei propri membri ovvero, in aggiunta o in alternativa, uno scopo altruistico in favore del territorio e della popolazione in cui la stessa comunità opera 42; (ii) non può avere come obiettivo principale il perseguimento dello scopo di lucro soggettivo (cioè la distribuzione dell’utile tra i membri della comunità), anche se può perseguire una limitata (accessoria) finalità lucrativa, ad esempio remunerando i fattori di produzione (come il denaro investito nella comunità energetica) attraverso una ridotta partecipazione agli utili prodotti dalla comunità»;
- (c) devono essere organizzazioni completamente aperte;
- (d) se decidono di perseguire come principale scopo quello altruistico sopra delineato, devono offrire a chiunque la loro produzione di beni o servizi, anche se ciò «non significa però che le comunità, in tali casi, siano costrette a trattare, nello scambio commerciale, i membri della comunità energetica allo stesso modo degli altri contraenti; in effetti, l’eventuale trattamento più favorevole riservato ai membri della comunità non sarebbe certamente discriminatorio, se è vero che l’accesso alla comunità deve essere aperto; dunque, questa disparità di trattamento, se prevista, corrisponderà a un legittimo caso di uguaglianza relativa»;
- (e) «sono qualificabili come imprenditori energetici, nel senso che le loro attività economiche devono avere a oggetto prodotti energetici [cioè «i combustibili, l’energia termica, l’energia rinnovabile, l’energia elettrica o



Nell'individuare gli elementi che accomunano i due modelli di Comunità energetica esistenti, gli stessi autori non hanno, tuttavia, mancato di evidenziare contestualmente anche i numerosi fattori di divergenza, che potrebbero indurre a sollevare qualche dubbio sulla effettiva riconducibilità degli stessi alla medesima fattispecie generale, secondo un rapporto *species-genus*²¹.

Proprio ponendo alla base tale prospettiva di analisi, una Comunità energetica ad oggi potrebbe essere definita, in via del tutto generale, come un *soggetto giuridico autonomo di diritto privato, distinto dai suoi componenti, il quale è chiamato a realizzare un'attività economica che deve avere ad oggetto prodotti energetici, e che ha lo scopo di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari*.

Tale definizione – benché certamente di ampio spettro – consente di escludere dalle Comunità energetiche altre figure affini reperibili nella disciplina di riferimento, quali l'“autoconsumatore di energia rinnovabile” e soprattutto gli “autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente”, in quanto privi dei requisiti sopra individuati²².

qualsiasi altra forma di energia» ai sensi dell'art. 2, lett. d), regolamento 1099/2008/CE del 22 ottobre 2008 (relativo alle statistiche dell'energia)]”, con la conseguenza che “la loro organizzazione aziendale dovrà pertanto essere concepita in modo da garantire almeno l'economicità delle loro attività o, detto diversamente, la qualificazione di almeno una delle loro attività come impresa secondo il diritto dell'Unione europea»;

(f) debbono corrispondere a soggetti giuridici autonomi di diritto privato (cioè, non potrebbero essere costituiti come enti pubblici) e non possano essere controllate da amministrazioni pubbliche;

(g) possono concludere qualsiasi accordo commerciale con chiunque (cioè anche con imprenditori diversi dai loro membri), «se ciò consente loro di perseguire gli scopi per cui sono state costituite».

21 Cfr., E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., 86, secondo il quale i due modelli si distinguerebbero sotto i seguenti profili, ossia per: «(i) i requisiti dei loro membri; (ii) le loro attività energetiche; (iii) la loro struttura democratica; (iv) la titolarità degli impianti di produzione energetica; (v) la presenza di una comunità territorialmente definita». Ad avviso di V. Pepe, *Le “Comunità Energetiche” come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile. Prime note sull'esperienza francese*, cit., 13, ss., invece, le due differenze principali coinciderebbero con il fatto che: “... la CER si basa sul principio di autonomia tra i membri e sulla necessità di prossimità con gli impianti di generazione. La CER può gestire l'energia in diverse forme (elettricità, calore, gas) a patto che siano generate da una fonte rinnovabile; ... la CEC non prevede i principi di autonomia e prossimità e può gestire solo l'elettricità, prodotta sia da fonte rinnovabile, sia fossile”.

22 Definiti rispettivamente dall'art. 2, comma 1, lett. n) e o) del D.Lgs. n. 199/2021, come il «cliente finale che produce energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo e può immagazzinare o vendere energia elettrica rinnovabile autoprodotta alle condizioni e secondo le modalità di cui all'articolo 30 del presente decreto” ed il “gruppo di almeno due autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente alle condizioni e secondo le modalità di cui all'articolo 30 del presente decreto». Sulle differenze tra le varie figure si veda, da ultimo, A. Coiante, *Think global, act local. Le comunità energetiche rinnovabili e il principio di sussidiarietà (anche) sociale come perno della transizione energetica*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XXIV – Fasc. n. 1/2024. Sul punto, tuttavia, la ricostruzione non è unanime: ad esempio, K. Eroo, *Le comunità energetiche rinnovabili (e solidali)*, in *Impresa Sociale*, n. 1/2023, reperibile all'indirizzo www.rivistaimpresasociale.it/, evidenza che «le Comunità energetiche possono essere di due tipi: quelle che si sviluppano all'interno di un contesto territoriale, definito nel suo perimetro dalla cabina primaria di trasformazione, e le configurazioni di Autoconsumo Collettivo, che sono comunità che nascono all'interno di un



Senonché, essa solleva soprattutto due problemi di ordine sistematico, che sembrano tutt'altro che irrilevanti.

Il primo riguarda il fatto che la stessa nozione di “comunità” appare integralmente (ma, per l'appunto, solo quale risultato di una nozione estrapolata dalle discipline settoriali) assorbita dalla sua dimensione giuridica, poiché si sottende che una CE, per essere tale, debba configurarsi necessariamente come un soggetto giuridico di diritto privato. In questo modo, tuttavia, da un lato, si compie un salto logico discutibile – perché è vero che il concetto di “comunità” può essere declinato sul piano giuridico attraverso la costituzione di un soggetto autonomo, ma non è vero che i due termini vadano a coincidere, ponendosi il primo su un piano ontologicamente distinto, nonché peraltro di maggiore profondità²³ – dall'altro lato, il

edificio residenziale come i condomini. Diversi i ruoli con i quali si può entrare a far parte di queste configurazioni: il produttore, ovvero il proprietario dell'impianto di energia rinnovabile, inserito nella comunità, che produce energia condivisa con i consumatori, ovvero coloro i quali consumano l'energia prodotta dagli impianti. La terza figura sono gli autoproduttori, ovvero chi produce, attraverso i loro impianti, consumando parte di questa energia per soddisfare i propri fabbisogni e condividendo con la comunità l'energia in eccesso».

23 Il rapporto tra la nozione di “comunità” e quella di “soggettività giuridica” rappresenta un tema vastissimo e trasversale, dal momento che interseca diversi rami del sapere, da quello sociologico a quello filosofico, trascendendo il mero campo giuridico, laddove, peraltro, diviene di interesse di svariati settori del diritto (diritto internazionale, amministrativo, civile, commerciale, etc. ...), anche in relazione al contesto nel quale s'inserisce. Per una ricostruzione generale della nozione di “comunità” si deve quindi inevitabilmente rimandare alle voci enciclopediche ad essa dedicate ed in particolare a S. Cotta, *Comunità*, in *Enciclopedia del Novecento*, nonché ad A. Bagnasco, *Comunità*, in *Enciclopedia delle scienze sociali* (1992), nelle quali si evidenzia in particolare l'incidenza del pensiero di T. Parsons, *The social system*, Glencoe, Ill., 1951 (tr. it.: *Il sistema sociale*, Milano 1965) e Id., *The system of modern societies*, Englewood Cliffs, N. J., 1971 (tr. it.: *Sistemi di società*, Bologna 1973), nonché di F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Leipzig, 1887 (tr. it.: *Comunità e società*, Laterza, 2011) e M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922 (tr. it.: *Economia e società*, 4 voll., Milano 1961). Da notare proprio con riferimento a quest'ultimo la difformità metodologica che egli ravvisa nella indagine giuridica rispetto a quella sociologica (cfr. *Economia e società, Diritto*), che rende bene l'idea delle difficoltà di inquadrare sbrigativamente il fenomeno della CE quale mero soggetto giuridico privato. Il concetto di Comunità, come detto, non è poi ignoto al mondo giuridico, il quale tuttavia lo declina in modo diverso a seconda delle situazioni nelle quali esso si trova: così si è parlato, ad esempio, di comunità con riferimento alla “Comunità Economica europea”, definita quale “ordinamento giuridico autonomo, il quale ... trae la sua origine da un accordo internazionale” (cfr. R. Monaco, *Comunità Economica europea*, in *Enc. Dir.*, 1961, Vol. VIII, 335, ss) o, in altro caso, di “comunità montane”, quali “enti locali di governo dei territori montani”, concezione peraltro rimodulata anche alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (si veda al riguardo V. Cerulli Irelli, *Le comunità montane*, in www.astrid-online.it, 2005), ma anche di “comunità scolastica”, espressione rinvenibile all'art. 2 della l. 30 luglio 1973, n. 477, con la quale s'intendeva l'insieme dei soggetti che a vario titolo partecipano o sono comunque interessati alla vita della scuola e ai servizi che essa svolge. Vero è che la scienza giuridica si è da tempo interrogata sulla formazione di “concetti” nel sistema del diritto fornendo risposte differenti che riflettevano l'assunzione di “metodi” diversi nonché la sovrapposizione – già prima evidenziata – con altre discipline (cfr., per un inquadramento generale del tema, sul quale ovviamente la bibliografia relativa è sterminata, ci si limita a rinviare a K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1960, tr. It.: *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, soprattutto 194, ss.; nonché a N. Bobbio, voce *Metodo*,



fatto di appiattare il concetto di “comunità” su quello di “soggettività giuridica” rischia di ridimensionare la *ratio* sottesa alle CE, che, stando proprio a quanto affermato nella disciplina europea di riferimento, intende spingersi ben oltre la costituzione di un mero soggetto giuridico preposto alla cura degli interessi dei soggetti che vi aderiscono. In altri termini, viene così perduta l’essenza etimologica del termine “comunità”, che invece è centrale nella individuazione dell’istituto di cui trattasi.

Il secondo problema che si pone è che la definizione di “comunità” che emerge dalla attuale disciplina si ricava solo implicitamente dai due modelli ad oggi previsti: essa quindi non configura in realtà una “nuova fattispecie giuridica”, poiché, per un verso, se nulla esclude che nella stessa possano rientrare in futuro altri modelli oltre a quelli attualmente disciplinati, per altro verso, non è detto neppure che tale definizione resti valida, nel caso di sopravvenute modifiche normative che riguardino uno od entrambi i modelli giuridici di cui trattasi.

In questo contesto, non si può non notare come le Comunità energetiche appaiano in realtà avvicinarsi alle cd. “imprese di comunità” o “cooperative di comunità”, istituto già regolato da numerose normative regionali (ma privo a tutt’oggi di una disciplina unitaria nazionale) e rispetto al quale si è sviluppato un approfondito dibattito circa il relativo collocamento nel quadro normativo vigente²⁴. Senonché tale istituto, perlomeno sul piano semantico, appare più robusto: il termine di “impresa di comunità” – ove evidenzia che le finalità della comunità (qualsiasi esse siano) si devono in ogni caso realizzare attraverso una iniziativa di carattere “imprenditoriale” – appare infatti certamente più centrato di quello di “Comunità energetica”, il quale, come detto, da un lato, non riveste di per sé alcuna qualificazione giuridica e, dall’altro lato, riferendosi esclusivamente all’obiettivo dello “sviluppo energetico”, è limitante rispetto alle finalità sottese all’istituto.

Il che dunque induce a ritenere che le Comunità energetiche, allo stato, non abbiano in realtà una identità chiara, né un background concettuale compiutamente definito, circostanza che peraltro sembra trovare ulteriore conferma nel fatto che i due modelli ad esse riconducibili (CER e CEC) non vengono posti dal legislatore (europeo e nazionale) neppure sullo stesso piano, se si considera che per le prime è prevista una convinta politica economica di incentivazione, rispetto alla quale le seconde sono invece del tutto estranee.

3. L’attuale articolazione della disciplina delle Comunità energetiche.

Il secondo profilo di criticità riguarda l’attuale assetto normativo delle Comunità energetiche. Esse, com’è risaputo, sono incardinate in un regime normativo multilivello e trasversale, tuttora in fase di completamento, perlomeno sul piano nazionale, com’è dimostrato dalla recente pubblicazione del decreto sopra esaminato e del conseguente decreto

in Noviss. dig. it., Torino, 1957, 602, ss.), ma una posizione univoca a tal proposito non sembra a tutt’oggi rinvenibile. In tutto ciò la nozione di CE, così come emerge dalla disciplina euro-unitaria, appare dunque di non agevole collocazione, salvo ridurla ad un fenomeno di portata meno vasta, in contrasto quindi – come rilevato sopra nel testo – con le finalità più ampie per le quali esse sono promosse.

²⁴ Cfr., in particolare, G. Capo, *Le cooperative di comunità*, in *Giur. Comm.*, 4/2021, 616, ss.; J. Sforzi - C. Borzaga, *Imprese di comunità e riconoscimento giuridico: è davvero necessaria una nuova legge?*, in *Impresa Sociale*, n. 13/2019, reperibile all’indirizzo www.rivistaimpresasociale.it/.



direttoriale che ha di recente approvato le ulteriori regole operative formulate dal GSE per il percepimento dei contributi.

A livello europeo, le Comunità sono in particolare riconducibili alla Direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (“Direttiva RED II”) ²⁵ ed alla Direttiva 2019/944/UE sul mercato interno dell'energia elettrica (“Direttiva IEM”) ²⁶, le quali hanno delineato una cornice normativa di riferimento, incoraggiando nel contempo tutti gli Stati membri a sviluppare apposite normative nazionali volte ad implementare tale cornice, pur con le diverse prospettive di incentivazioni sopra accennate.

A livello nazionale è invece noto come alla Direttiva 2018/2001/UE sia stata data attuazione in due tempi. In un primo momento, l'art. 42-bis del D.L. n. 162/2019, conv., nella l. 28 febbraio 2020, n. 8, ha dettato una disciplina di carattere transitorio e sperimentale, consentendo, «[n]elle more del completo recepimento» della direttiva (UE) 2018/2001, la realizzazione di CER secondo le modalità e alle condizioni stabilite dallo stesso articolo», mentre in seguito, il D.Lgs. n. 199/2021 ha provveduto a dare piena e stabile attuazione alla Direttiva, da un lato, recependo sostanzialmente la definizione di CER ivi contenuta e, dall'altro lato, in particolare, stabilendo: (i) i requisiti per la relativa partecipazione e le condizioni alle quali le stesse possono operare; (ii) le regole per la loro istituzione e funzionamento (art. 31).

Se questo è il quadro normativo delle CER, diversamente le CEC hanno trovato la loro disciplina di riferimento nel D.Lgs. n. 210/2021, il quale – nell'introdurre tale figura – ha nel contempo esteso il concetto di “Comunità energetica” oltre le sole fonti rinnovabili, fornendone una definizione più ampia che include «la generazione, distribuzione, fornitura e consumo di energia elettrica, nonché i servizi di efficienza energetica e di ricarica per i veicoli»²⁷.

25 Le CER, come noto, sono definite dalla Direttiva (UE) 2018/2001, all'art. 2, paragrafo 2, numero 16), come un “soggetto giuridico: a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari». La stessa Direttiva, all'art. 22, stabilisce, poi, in capo agli Stati membri una serie di obblighi finalizzati a promuovere e agevolare lo sviluppo delle CER.

26 L'art. 2, n. 11 della Direttiva definisce in particolare la «comunità energetica dei cittadini» come “un soggetto giuridico che:

a) è fondato sulla partecipazione volontaria e aperta ed è effettivamente controllato da membri o soci che sono persone fisiche, autorità locali, comprese le amministrazioni comunali, o piccole imprese;
 b) ha lo scopo principale di offrire ai suoi membri o soci o al territorio in cui opera benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, anziché generare profitti finanziari; e
 c) può partecipare alla generazione, anche da fonti rinnovabili, alla distribuzione, alla fornitura, al consumo, all'aggregazione, allo stoccaggio dell'energia, ai servizi di efficienza energetica, o a servizi di ricarica per veicoli elettrici o fornire altri servizi energetici ai suoi membri o soci”.

27 Ai sensi dell'art. 3, comma 3, D.Lgs. n. 201/2021, la «comunità energetica dei cittadini» è «un soggetto di diritto (dotato o sprovvisto di personalità giuridica) fondato sulla partecipazione volontaria e aperta, controllato da membri o soci che siano persone fisiche, piccole imprese, autorità locali, che, anziché perseguire profitti



Le fonti primarie che vanno a regolare le due forme di Comunità energetica sono poi integrate da ulteriori fonti, rappresentate, *da un lato*, dalle discipline legislative regionali nonché dai conseguenti provvedimenti attuativi e, *dall'altro lato*, dalle disposizioni regolamentari introdotte dall'ARERA e dal Gestore dei Servizi Energetici (GSE) (quindi, fonti secondarie), a loro volta implementate in funzione della evoluzione della disciplina statale.

Sotto il primo profilo, diverse – addirittura, peraltro, talune di esse già all'epoca della disciplina nazionale transitoria²⁸ – sono, infatti, state le Regioni che hanno provveduto ad introdurre apposite normative, implicanti, a loro volta, autonomi percorsi amministrativi e di regolazione volti essenzialmente ad incentivare la costituzione e la conseguenza “messa a terra” delle CER, non necessariamente coincidente con il regime normativo statale, situazione che, come si vedrà, è stata già portata all'attenzione della Corte costituzionale²⁹.

Sotto il secondo profilo, si consideri invece che l'introduzione delle sopra richiamate discipline regionali è andata di pari passo alla regolazione introdotta tanto dall'ARERA – dapprima, con la delibera n. 318/2020/R/eel e, successivamente, con la delibera n. 727/2022/R/eel che, nello specifico, ha introdotto il Testo Integrato sull'Autoconsumo Diffuso (TIAD), di recente modificato con la delibera n. 15/2024/R/eel³⁰ – quanto dal GSE, il quale dopo aver in particolare adottato, il 4 aprile 2022, le “Regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa” ha adottato, qualche giorno fa, la nuova regolamentazione (in attuazione delle previsioni contenute nel decreto pubblicato il 23 gennaio scorso), che è stata approvata dal già richiamato decreto direttoriale del 23 febbraio 2024.

A ciò è poi da aggiungere il D.M. 16 settembre 2020, sostituito proprio dal sopra richiamato decreto n. 414/2023³¹, avente ad oggetto «*Individuazione della tariffa incentivante per la remunerazione degli impianti a fonti rinnovabili inseriti nelle configurazioni sperimentali di autoconsumo collettivo e comunità energetiche rinnovabili*», il quale aveva individuato la tariffa incentivante per la remunerazione degli impianti FER inseriti nelle configurazioni per l'autoconsumo collettivo da fonti rinnovabili e nelle CER, nonché i limiti e le modalità relativi all'utilizzo e alla valorizzazione dell'energia condivisa prodotta da impianti fotovoltaici che accedono alle detrazioni stabilite dall'art. 119 d.l. n. 34/2020³².

finanziari, persegue lo scopo principale di offrire ai suoi membri o soci o al territorio in cui opera benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità e può partecipare alla generazione, alla distribuzione, alla fornitura, al consumo, all'aggregazione, allo stoccaggio dell'energia, ai servizi di efficienza energetica, o a servizi di ricarica per veicoli elettrici o fornire altri servizi energetici ai suoi membri o soci».

28 È questo ad esempio il caso della l.r. Piemonte, n. 12/2018 e della l.r. Puglia, n. 45/2019, in relazione alle quali si veda, in particolare, M. Romeo, *Produzione di agroenergie, autoconsumo collettivo e comunità energetiche*, cit., 9, ss.

29 Cfr., *infra*, par. 6.

30 Rinvenibile sul sito istituzionale dell'ARERA (www.arera.it).

31 In tal senso, il decreto del 23 gennaio 2024 prevede infatti, all'art. 16, che «*il decreto del Ministro dello Sviluppo economico del 16 settembre 2020 cessa di applicarsi decorsi sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 11, comma 1*».

32 Il decreto si applica alle configurazioni di autoconsumo collettivo a alle comunità energetiche rinnovabili realizzate con impianti a fonti rinnovabili, ivi inclusi i potenziamenti, entrati in esercizio a



Neppure le sopra richiamate discipline esauriscono tuttavia le fonti normative di riferimento: infatti, senza tenere conto delle modifiche sopravvenute alle discipline in questione³³, per un verso, non si possono, ignorare quelle disposizioni che, pur connesse, vanno a regolare situazioni particolari³⁴; per altro verso, bisogna altresì considerare che talune normative, che riguardano aspetti complementari al regime normativo esaminato (ma aventi rilevanza essenziale ai fini dell'operatività degli istituti di cui trattasi), sono ancora in attesa di essere introdotte – com'è il caso del cd. “decreto sulle aree idonee”, che dovrebbe dare attuazione all'art. 20, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 199/2021³⁵ –, o costituiscono già da tempo discipline di settore sedimentate e più volte emendate, come nel caso del D.Lgs. n. 387/2012, che ha recepito la Direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili.

Evidente quindi è, nel contesto descritto, la difficoltà di districarsi tra le svariate fonti di vario livello sopra richiamate, nonché il rischio fisiologico che una tale sovrabbondanza

decorrere dal 1° marzo 2020 ed entro i sessanta giorni successivi alla data di entrata in vigore del provvedimento di recepimento della direttiva (UE) 2018/2001 e per i quali il GSE abbia svolto con esito positivo la verifica di cui all'art. 4.6 dell'allegato A alla deliberazione ARERA n. 318/2020/R/eel del 4 agosto 2020.

33 In questo senso si consideri, ad esempio, che l'art. 31 D.Lgs. n. 199/2021 è stato successivamente modificato dall'art. 47, comma 1, lettera c), del D.L. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41.

34 È ad esempio il caso delle cd. Comunità Energetiche Portuali introdotte dal D.l. 17 maggio 2022, n. 50 (cd. “Decreto Aiuti”), sulle quali si veda U. Patroni Griffi, *Le Comunità Energetiche Portuali*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 1/2023.

35 Il comma 1 dell'art. 20 – modificato dall'art. 7 *sexies* D.L. 21/03/2022 n. 21 – ha previsto in particolare che «con uno o più decreti del Ministro della transizione ecologica di concerto con il Ministro della cultura, e il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, da adottare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono stabiliti principi e criteri omogenei per l'individuazione delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili aventi una potenza complessiva almeno pari a quella individuata come necessaria dal PNIEC per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili. In via prioritaria, con i decreti di cui al presente comma si provvede a:

a) dettare i criteri per l'individuazione delle aree idonee all'installazione della potenza eolica e fotovoltaica indicata nel PNIEC, stabilendo le modalità per minimizzare il relativo impatto ambientale e la massima porzione di suolo occupabile dai suddetti impianti per unità di superficie, nonché dagli impianti a fonti rinnovabili di produzione di energia elettrica già installati e le superfici tecnicamente disponibili;

b) indicare le modalità per individuare superfici, aree industriali dismesse e altre aree compromesse, aree abbandonate e marginali idonee alla installazione di impianti a fonti rinnovabili».

Per una ricostruzione del contesto normativo e della disciplina transitoria prevista dalla suddetta disposizione si veda C. Vivani – S. Giani, *Transizione energetica e PNRR. Accelerazione e semplificazione delle procedure*, in *Urb. App.*, 1/2022. Ad oggi il testo di decreto sulle aree idonee, reperibile in bozza in rete, ha in realtà sollevato ha suscitato qualche perplessità da parte degli operatori, che ne hanno evidenziato le criticità (cfr: <https://www.italiasolare.eu/wp-content/uploads/2023/09/20230905-IS-Osservazioni-Bozza-Decreto-Aree-Idonee.pdf>).



normativa comporti sovrapposizioni e contraddizioni tra le disposizioni in questione, sovente superabili solamente attraverso l'avvio di tortuosi ed estenuanti percorsi giudiziari.

4. La necessità di un dialogo “effettivo” tra i soggetti coinvolti.

Ulteriore criticità appare poi connessa al numero ed alla varietà degli attori coinvolti, avuto riguardo sia ad i soggetti che possono essere direttamente interessati alla costituzione ed alla conseguente gestione delle Comunità energetiche, sia ai relativi interlocutori.

Per quanto concerne i primi, l'art. 31 del D.Lgs. n. 199/2021 prevede che l'esercizio dei poteri di controllo delle CER fa capo esclusivamente a «*persone fisiche, PMI, associazioni con personalità giuridica di diritto privato, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale nonché le amministrazioni locali contenute nell'elenco delle amministrazioni pubbliche divulgato dall'Istituto Nazionale di Statistica (di seguito: ISTAT) secondo quanto previsto all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, che sono situate nel territorio degli stessi Comuni in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione di cui al comma 2, lettera a)*», mentre l'art. 3 del D.Lgs. n. 210/2021 prevede che si sia in presenza di una CEC nel caso di un soggetto di diritto «*controllato da membri o soci che siano persone fisiche, piccole imprese, autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti del terzo settore e di protezione ambientale, gli enti religiosi, nonché le amministrazioni locali contenute nell'elenco delle amministrazioni pubbliche divulgato dall'Istituto Nazionale di Statistica secondo quanto previsto all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196*».

L'esame sinottico delle disposizioni sopra richiamate indurrebbe a ritenere come ad oggi si possa considerare che tanto le CER, quanto le CEC possano essere composte in modo “eterogeneo”, cioè includendo taluni o tutti tra i soggetti indicati nelle disposizioni medesime, od “omogeneo”, cioè contemplando anche solo una tra le categorie di soggetti in questione.

Tale considerazione non è, tuttavia, univoca in dottrina, se si considera che in vista del recepimento della Direttiva RED II³⁶ e della Direttiva 2019/944/UE da parte del Legislatore statale, alcuni autori avevano avuto modo di segnalare che, nella disciplina nazionale, «*le comunità energetiche dovranno avere come membri più persone fisiche qualificabili come consumatori energetici domestici (cioè quelli bisognosi di una particolare tutela nei mercati energetici). Senza questi ultimi, infatti, non è integrata la fattispecie unionale di comunità energetica. Dunque, i diritti nazionali degli Stati membri dovranno prevedere lo scioglimento della comunità energetica (o la trasformazione in altre forme di enti non qualificabili come comunità energetiche), qualora venga a mancare stabilmente nella relativa compagine un numero minimo (legislativamente fissato) di tali consumatori*»³⁶.

Ove si aderisse a tale interpretazione – che, tuttavia, non pare trovare supporto nella attuale formulazione delle norme nazionali – dovrebbe dunque ritenersi possibile distinguere tra partecipanti “necessari” alle Comunità, in assenza dei quali cioè le stesse non si potrebbero legittimamente costituire, e quelli “eventuali”, ricomprendendo tra i primi le persone fisiche e tra i secondi tutti gli altri soggetti o elencati nelle disposizioni in esame.

36 E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., 87.



Al di là della mera interpretazione del dato normativo nazionale, sembrerebbe altresì contraria a tale interpretazione anche la posizione di quella dottrina secondo cui esisterebbero due tipologie di CER – ossia, le «comunità di interesse, ... che riuniscono soggetti accumulati da una finalità condivisa, come le pratiche per un uso più efficiente della energia o la produzione da autoconsumo» e «le comunità di luogo, ovvero le comunità i cui membri condividono, oltre alle già menzionate finalità, anche il fatto di operare in una determinata area locale»³⁷ – dal momento che tale posizione parrebbe di per sé presupporre la possibilità di Comunità che non abbiano persone fisiche tra i relativi aderenti.

Altro tema che è stato posto in dottrina ha riguardato la nozione di “controllo”, alla quale fanno riferimento le disposizioni sopra richiamate, con specifico riferimento agli aderenti alle CE³⁸: in particolare, se, ad avviso di taluni, tale espressione sarebbe da intendere come una tipologia di controllo di natura meramente “gestoria”³⁹, altri hanno invece sostenuto che esso «potrebbe essere inteso come potere di controllo degli aderenti sul soggetto incaricato della gestione dell’ente rispetto al perseguimento dell’obiettivo principale della comunità, ovvero il benessere ambientale, economico e sociale»⁴⁰, lettura, questa ultima, che non sarebbe in realtà da escludersi, anche perché più tutelante per gli aderenti alla CE⁴¹.

La composizione “eterogenea” ad una Comunità energetica solleva inoltre il diverso (ma non meno rilevante) problema che tutti gli aderenti alla Comunità vi prendano parte in modo effettivamente consapevole, circostanza niente affatto scontata se si considerano i diversi livelli di conoscenza e di competenza della disciplina tecnica e giuridica rinvenibile tra di essi.

Difficile risulta poi anche l’individuazione *a priori* dei soggetti con i quali le Comunità sono chiamati a dialogare ed il ruolo che gli stessi possono rivestire in tale interlocuzione.

Se è certo il coinvolgimento dell’ARERA e del GSE ed il loro ruolo, anche alla luce di quanto stabilito nel decreto n. 414/2023, meno agevole, ad esempio, risulta l’individuazione del ruolo degli enti locali nel caso delle CER, che deve essere valutato non solo in relazione al loro eventuale coinvolgimento all’interno della stessa Comunità, ma anche nel rapporto con gli altri enti territoriali⁴², oltre che in considerazione dell’esercizio delle loro funzioni di governo del territorio⁴³ (si pensi al riguardo, ad esempio, al problema della necessità che la

37 G. Proietto – E. Rossi Scarpa Gregorj, *Autoconsumo collettivo e comunità energetiche: prime riflessioni sul recepimento della Direttiva RED II (D. Lgs. 199/2021 e D.L. n. 17/2022)*, in *MUI*, 2/2022.

38 Espressione sulla quale la dottrina non ha mancato di osservarne, anche di recente, l’ambiguità: cfr., M. Meli, *Le comunità energetiche*, cit., 2765.

39 U. Patroni Griffi, *Le Comunità Energetiche Portuali*, cit., 8.

40 G. Proietto – E. Rossi Scarpa Gregorj, *Autoconsumo collettivo e comunità energetiche*, cit., 61.

41 Sempre in una prospettiva di tutela degli aderenti, sintomatico è il fatto che vi sia stato chi ha rilevato la possibile applicazione alle CE della disciplina del codice del consumo, cfr. V. Cappelli, *Appunti per un inquadramento privatistico dell’autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche*, 406, ss.

42 Tema, peraltro, centrale nella gestione degli impianti FER, si veda ad esempio al riguardo S. Lazzari *Le energie rinnovabili: semplificazione amministrativa e compiti delle autonomie locali*, in *Gior. Dir. amm.*, n. 5/2022, 634 ss.

43 S. Amorosino, *La “compressione” del governo del territorio tra infrastrutture strategiche, energie rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *Urb. App.*, n. 4/2023, 429 ss.



pianificazione territoriale avvenga in sintonia con l'esigenza di avere aree libere), o degli ulteriori enti pubblici e privati astrattamente interessati dalla realizzazione della Comunità e delle relative strutture (quali, ad esempio, i proprietari degli impianti, nel caso in cui essi non coincidano con la Comunità).

Tutto ciò non solo evidenzia la difficoltà di avviare una programmazione effettiva sulle modalità di realizzazione ed attivazione delle Comunità energetiche, ma solleva altresì un generale problema di asimmetrie strutturali ed informative tra i diversi partecipanti alle Comunità medesime e tra queste ed i relativi interlocutori, che la disciplina in questione, nel lasciare ampio margine di manovra agli operatori interessati, non aiuta a dirimere⁴⁴.

5. I possibili contrasti tra gli "interessi in gioco".

Inevitabilmente connesso al tema dei soggetti coinvolti nell'attuazione delle discipline di cui trattasi è, inoltre, quello della gestione dei diversi interessi di cui tali soggetti sono portatori.

In via generale, esso può essere contrassegnato da fattori "endogeni" ed "esogeni" alla Comunità: i primi coincidono con gli interessi di coloro che effettivamente vi prendono parte, ma a loro volta possono essere diversamente ripartiti a seconda che si tratti di interessi di ciascun partecipante, oppure di "categorie/gruppi" di aderenti (i quali, a loro volta, possono essere composti in modo "omogeneo" o "eterogeneo" in funzione dei soggetti interessati); i secondi invece possono coincidere tanto con gli interessi propri dei soggetti con i quali le Comunità medesime si interfacciano (che, a loro volta, possono essere di natura "privata" o, eventualmente, interessi "propri" di un interlocutore "pubblico"), quanto con quelli di cui i soggetti medesimi sono espressione (quali, ad esempio, gli interessi pubblici, nel caso di o del territorio nel quale opera la Comunità, riuniti in una associazione), dando così luogo ad una serie di variabili non agevolmente valutabili in astratto.

Di quest'ultima situazione caso emblematico appare quello in cui la realizzazione degli impianti e delle strutture funzionali alla messa a terra di una Comunità energetica si ponga in contrasto con la tutela degli interessi paesaggistici o culturali del territorio interessato. Tale caso si connette in realtà ad un tema ben più ampio, che trascende la specifica disciplina delle Comunità energetiche, andando a coinvolgere il delicato rapporto generale tra la tutela dei suddetti interessi e quelli pubblici ambientali nel caso in cui si pongano in un rapporto che può essere inteso in direzione potenzialmente confliggente⁴⁵.

Si tratta di un tema sul quale la giurisprudenza ha avuto recentemente modo di rapportarsi in senso più generale, affermando – diversamente da quanto avveniva in passato, ove l'orientamento giurisprudenziale era indubbiamente indirizzato a ritenere tutelabili in modo prioritario gli interessi paesaggistici e culturali – «*la necessità del bilanciamento ... quando confligge l'interesse alla tutela dell'ambiente con quello alla tutela del paesaggio*»⁴⁶.

44 G. Spina, *CER come modello strategico gestionale di sviluppo sostenibile - Parte I*, cit., 536.

45 S. Amorosino, *La "compressione" del governo del territorio tra infrastrutture strategiche, energie rinnovabili e tutela del paesaggio*, cit.

46 Così, Cons. St., Sez. IV, 21 marzo 2023, n. 2836; negli stessi termini, cfr. la nota pronuncia del Cons. St., Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, con ampio commento di C. Vivani, *Ambiente, clima e patrimonio*



D'altra parte la posizione assunta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato non sembra estranea ad un diverso modo di ragionare, risultando piuttosto riflettere una rivisitazione generale del "concetto giuridico di paesaggio" che emerge anche nella dottrina più recente⁴⁷.

È chiaro che l'approccio adottato dal Consiglio di Stato negli arresti più recenti, pur non facendo affatto venir meno i presidi di tutela generale nei confronti dei beni paesaggistici e culturali, non possa che giovare agli operatori, dando perlomeno l'impressione di una maggiore apertura nella valutazione degli interessi in discussione; tale approccio porta, tuttavia, necessariamente a far sì che l'opera di bilanciamento tra gli interessi ambientali si realizzi – tanto da parte delle Amministrazioni coinvolte, quanto dallo stesso giudice adito – "caso per caso", più che in una "prospettiva sistematica"⁴⁸.

Senonché tale circostanza non aiuta a fornire una prospettiva felice ai fini dello sviluppo delle CE, poiché il livello di incertezza – benché in parte fisiologico, poiché la realizzazione degli impianti delle Comunità si può sovrapporre alle esigenze di tutela di altri interessi pubblici – non può che restare comunque un fattore determinante nella decisione di avviare iniziative siffatte, anche alla luce del numero e della tipologia dei soggetti coinvolti (nonché il valore degli interventi, di per sé non particolarmente elevato).

Del pari decisivo risulta anche il corretto inquadramento dell'iter procedimentale necessario alla realizzazione ed alla manutenzione degli impianti FER (e le relative

culturale: un approccio giurisprudenziale innovativo, in *Urb. App.*, 3/2023, 350 ss; v. altresì in relazione alla medesima sentenza, tra i vari commenti, quello di A. Persico, *Promozione dell'energia rinnovabile e tutela del patrimonio culturale: verso l'integrazione delle tutele*, in www.giustizainsieme.it, 12/2022, G. Sciuillo, *Nuovi paradigmi per la tutela del patrimonio culturale*, in *Aedon*, n. 3/2022; P. Carpentieri, *Relazioni e conflitti tra ambiente e paesaggio*, in www.federalismi.it, 2023, 13, 77 ss.; un cenno alla sentenza è rinvenibile anche in G. Piperata, *Nuovi scenari e nuove sfide per il governo della cultura*, in *Aedon*, n. 2/2022 e in S. Amorosino, *La "compressione" del governo del territorio*, cit.; più di recente si vedano invece sul punto le riflessioni di F. Pellizzer - E. Caruso, *Tutela della cultura e transizione ecologica nel vincolo culturale indiretto: un binomio (solo) occasionale. Alcune riflessioni a margine di Cons. Stato, sez. VI, n. 8167/2022* in *Aedon*, n. 2/2023. Per una riflessione generale sul rapporto tra tutela del paesaggio nella prospettiva diacronica e dello sviluppo dei relativi concetti nel pensiero giuridico, si veda altresì L. Casini, *Tutelare il paesaggio: la legge Croce n. 778 del 1922 un secolo dopo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 2, 693 ss. e P. Carpentieri, *Paesaggio, urbanistica e ambiente. Alcune riflessioni in occasione del centenario della legge Croce n. 778 del 1922*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.

47 Cfr. in particolare, sul punto, E. Parisi, *I moderni caratteri del concetto giuridico del paesaggio*, in www.federalismi.it, n. 17/2023, 174 ss; nonché R. Fattibene, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità*, in www.federalismi.it, n. 17/2023.

48 C. Vivani, *Ambiente, clima e patrimonio culturale*, cit., 354 ss. Il tendenziale approccio assunto in tal senso dalla giurisprudenza amministrativa (e costituzionale), nonché dal legislatore è evidenziato in via generale da E. Boscolo, *Agricoltura e produzione di energia: l'agrivoltaico di fronte al Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, 12/2023, 2701, ove si rileva che tale indirizzo è, per l'appunto, «incline a riconoscere la configurabilità di uno specifico interesse pubblico correlato al raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione assegnati al nostro Paese».



tempistiche), in relazione al quale, tuttavia, sussistono ancora numerose criticità, nonostante gli interventi di semplificazione/liberalizzazione adottati dal legislatore in questi anni⁴⁹.

6. Il rapporto tra la normativa CER statale e regionale.

Il tema del perseguimento degli interessi del territorio attraverso la realizzazione delle CER emerge invece con evidenza dalle iniziative avviate a tale riguardo dalle singole Regioni⁵⁰.

Non è infatti un caso che diverse Amministrazioni regionali si siano attivate da tempo per introdurre una disciplina propria di tali forme di Comunità, da affiancare a quella del legislatore nazionale⁵¹, facendo in particolare leva sui criteri di riparto delle potestà legislative enunciati dall'art. 117, comma 3, Cost. che, ricomprendendo la «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*» tra le materie soggette a potestà legislativa concorrente, consente alla singola Regione – seppure non senza criticità⁵² – di legiferare in tale materia. Si tratta, per lo più, di normative volte a promuovere e sostenere le CER, fornendo appositi incentivi finanziari e un concreto supporto tecnico, volto ad orientare gli enti locali ed i privati interessati, in una prospettiva che si pone in linea con quanto previsto dal legislatore europeo⁵³. Senonché, la disciplina introdotta delle normative regionali è suscettibile di recare con sé talune di criticità; se ne possono, in particolare, individuare due: (i) la prima è connessa al rischio di introdurre una regolazione parzialmente differente da quella nazionale, che potrebbe porsi di per sé in contrasto con quest'ultima o derogarla in modo illegittimo, andando cioè ad invadere la potestà legislativa statale in materia; (ii) la seconda afferisce invece alla possibilità ed ai limiti di cumulo degli incentivi regionali con quelli statali.

Quanto alla prima, è significativa la vicenda che è stata posta di recente all'attenzione della Corte Costituzionale e definita con la sentenza 23 marzo 2023, n. 48: con tale sentenza la Corte

49 G. La Rosa, *La procedura abilitativa semplificata per impianti fer: dalle esigenze di semplificazione ai dubbi applicativi*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XXIII – Fasc. n. 3/2023.

50 Per una recente ricostruzione delle iniziative delle Regioni sulle Comunità energetiche rinnovabili, si veda in particolare A. Coiante, *Think global, act local. Le comunità energetiche rinnovabili e il principio di sussidiarietà (anche) sociale come perno della transizione energetica*, cit.

51 G. Spina, *CER come modello strategico gestionale di sviluppo sostenibile - Parte II*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 10/2023, 602. ss.; A. Grignani, *Come la geopolitica energetica potrebbe ridisegnare il riparto delle competenze tra Stato e Regioni - I Parte*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 3/2023, 162, nonché Id., *Come la geopolitica energetica potrebbe ridisegnare il riparto delle competenze tra Stato e Regioni - II Parte*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 4/2023, 243, ss.

52 Cfr., A. Grignani, *Come la geopolitica energetica potrebbe ridisegnare il riparto delle competenze tra Stato e Regioni - II Parte*, cit., 245 ss. Per una ricostruzione generale dei rapporti Stato-Regioni sulla tutela ambientale, si veda invece, tra gli altri, P. Dell'Anno, *Diritto dell'Ambiente*, Milano, 2021, 18, ss.

53 Si consideri infatti che al Considerando (26) della Direttiva UE) 2018/2001 si è previsto che «*gli Stati membri dovrebbero garantire che le comunità di energia rinnovabile possano partecipare ai regimi di sostegno disponibili su un piano di parità con i partecipanti di grandi dimensioni. A tal fine, gli Stati membri dovrebbero essere autorizzati ad adottare misure, tra cui la fornitura di informazioni, la fornitura di assistenza tecnico-finanziaria, la riduzione dell'onere amministrativo, compresi i criteri di gara incentrati sulle comunità, la creazione di periodi d'offerta su misura per le comunità di energia rinnovabile o la possibilità per tali comunità di essere retribuite tramite sostegno diretto quando rispettano i requisiti degli impianti di piccola taglia*».



ha infatti avuto modo di censurare in parte la legittimità della l. r. Abruzzo 17 marzo 2022, n. 8, avente ad oggetto «*Interventi regionali di promozione dei gruppi di auto consumatori di energia rinnovabile e delle comunità energetiche rinnovabili e modifiche alla l.r. 6/2022*»)»⁵⁴, sul presupposto che la Regione non avesse competenza a definire autonomamente «*i requisiti per poter partecipare ad una CER, essendo gli stessi già esaustivamente definiti dalla legge statale*» (ossia, l'art. 21, comma 2, D.Lgs. 199/2021). Vi sono poi altre situazioni rinvenibili nelle leggi regionali, che potrebbero sollevare qualche dubbio.

La prima riguarda la previsione che stabilisce la costituzione di appositi soggetti giuridici regionali, funzionali al supporto nella realizzazione delle CER nel rispettivo territorio⁵⁵: se, infatti, non può che essere considerata positivamente la determinazione delle Regioni a dare un supporto ai soggetti interessati alla costituzione di tali Comunità, il rischio è che il soggetto regionale, chiamato a fornire il supporto richiesto, veicoli le nuove CER verso scelte ritenute più utili al territorio regionale che non ai componenti delle stesse. La seconda situazione concerne, invece, la scelta di fornire incentivi maggiorati alle CER che «*agiscono collettivamente a forte valenza sociale e territoriale*», poiché in tal caso il rischio potrebbe consistere nel dar luogo ad una situazione di disparità tra le Comunità attivate, sulla base di presupposti non contemplati dalla normativa generale e senza tenere in considerazione le situazioni in cui non

54 Nello specifico, oggetto del ricorso sono una serie di disposizioni della l. reg. Abruzzo 17 marzo 2022, n. 8 (artt. 3, comma 3, lett. b), c), d) ed e), 4, 9, comma 1, lett. b), e 11, commi da 2 a 5), impugnate dalla difesa erariale per asserita violazione degli artt. 117, commi 1 e 2, e 81, comma 3, Cost. La previsione ritenuta illegittima dalla Corte è stata l'art. 9, comma 1, lettera b), della legge ove stabiliva che la Giunta regionale, con apposito disciplinare, definisce, sentita la competente commissione consiliare, «*i requisiti dei soggetti che possono partecipare alle CER e le modalità di gestione delle fonti energetiche all'interno delle comunità e di distribuzione dell'energia prodotta senza finalità di lucro*», mentre sulle altre disposizioni contestate la Corte ha ritenuto infondate le censure sollevate. Per una disamina della sentenza della Corte costituzionale si veda in particolare M. Greco, *Le comunità energetiche rinnovabili nel sistema di riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 2/2023, 634C, nonché A. Castelli, *CER e disciplina regionale: la Corte costituzionale traccia i limiti*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 11/ 2023, 675 ss.

55 È questa, ad esempio, la scelta compiuta in tal senso dalla Regione Lombardia, la quale ha previsto, all'art. 3, comma 2, della l.r. 23 febbraio 2022, n. 2 di individuare «*fra gli enti del Sistema regionale, il soggetto, denominato Comunità Energetica Regionale Lombarda, di seguito CERL, che fornisce assistenza tecnica per la promozione e lo sviluppo delle CER secondo il programma di cui al comma 1.*

3. La CERL supporta i soggetti proponenti l'istituzione di una CER per:

- a) l'individuazione del modello di produzione, autoconsumo e condivisione dell'energia;
- b) le valutazioni di sostenibilità ambientale, sociale ed economica della proposta di CER;
- c) la coerenza con gli obiettivi di efficienza, risparmio energetico e contrasto alla povertà energetica;
- d) il percorso giuridico di istituzione della CER;
- e) la promozione della cultura dell'utilizzo delle fonti di energia rinnovabile, nonché di iniziative formative e informative dirette ai cittadini, alle imprese e agli enti locali finalizzate alla diffusione delle CER;
- f) la realizzazione di programmi di investimento in efficienza energetica;
- g) l'adeguamento tecnologico del parco di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili prevedendone l'integrazione nelle CER;
- h) il supporto alla diffusione dei sistemi di accumulo energetico».



sia concretamente possibile soddisfare le condizioni previste per accedere alle maggiorazioni⁵⁶. Tali circostanze impongono quindi una riflessione sulle conseguenze delle iniziative di alcune Regioni sul modello di CER che è stato contemplato nella disciplina europea e nazionale⁵⁷.

Parimenti difficile è fornire una risposta univoca in relazione alla seconda criticità, concernente la compatibilità degli incentivi regionali con quelli previsti dal legislatore nazionale. Come visto, questi ultimi – sulla base di quanto previsto nel decreto n. 414/2023 – o incidono sulla tariffa applicabile, o consistono in un contributo a fondo perduto fino al limite massimo del 40% dei costi ammissibili per lo sviluppo delle CER nei comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti. Ora gli incentivi regionali sono suscettibili di sovrapporsi proprio a questa seconda tipologia di contribuzione, consistendo, come sta avvenendo in talune Regioni, nella erogazione di appositi contributi a fondo perduto fino all'80% delle spese sostenute per l'avvio e la costituzione delle CER e per gli studi di fattibilità⁵⁸: non è un caso che nei relativi bandi regionali si preveda proprio il divieto di cumulo rispetto ad altre agevolazioni pubbliche per le stesse spese e per i medesimi titoli di spesa⁵⁹.

56 Questo è invece il caso della Regione Emilia Romagna che, all'art. 4 l.r. 27 maggio 2022, n. 5 (rubricato «Comunità energetiche rinnovabili e autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente a forte valenza sociale e territoriale») ha previsto che:

«1. La Regione promuove e sostiene, attraverso una maggiorazione dei contributi concedibili ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera a), le comunità energetiche rinnovabili e gli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente a forte valenza sociale e territoriale, aventi almeno una delle seguenti caratteristiche:

- a) siano composti anche da soggetti economicamente svantaggiati, al fine di contrastare la povertà energetica;
- b) tra i cui membri siano presenti enti del terzo settore, enti proprietari e di gestione di alloggi di edilizia residenziale pubblica o sociale;
- c) tra i cui membri, limitatamente alle Comunità energetiche, siano presenti enti locali che hanno approvato piani o strategie integrate di adattamento e mitigazione dei cambiamenti climatici, o che abbiano messo a disposizione per realizzare gli impianti sui tetti degli edifici pubblici o aree pubbliche di cui all'art. 3 comma 5;
- d) siano situati in aree montane ed interne del territorio regionale, al fine di contrastarne l'abbandono e favorirne il ripopolamento;
- e) che realizzino progetti di inclusione e solidarietà sociale, anche attraverso la collaborazione con gli enti locali e con gli enti del terzo settore.

2. La Giunta regionale, con propri atti, definisce modalità e criteri per l'attuazione del presente articolo».

57 Si consideri al proposito, infatti, che al Considerando (70) della Direttiva UE) 2018/2001 è stato previsto che «le caratteristiche specifiche delle comunità locali che producono energia rinnovabile, in termini di dimensioni, assetto proprietario e numero di progetti, possono ostacolarne la competitività paritaria con gli operatori di grande taglia, segnatamente i concorrenti che dispongono di progetti o portafogli più ampi. Pertanto gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di scegliere una qualsiasi forma di entità per le comunità di energia rinnovabile a condizione che tale entità possa, agendo a proprio nome, esercitare diritti ed essere soggetta a determinati obblighi [...]».

58 Si veda ad esempio quanto previsto nei bandi pubblicati dalla Regione Emilia Romagna (<https://fesr.regione.emilia-romagna.it/opportunita/2022/sostegno-allo-sviluppo-di-comunita-energetiche-rinnovabili>) e dalla Regione Veneto (<https://bandi.regione.veneto.it/Public/Dettaglio?idAtto=9778&fromPage=Elenco&high=>).

59 Cfr., in questo senso, l'art. 9 del bando pubblicato dalla Regione Veneto (All. A alla DGR n. 1568 del 12 dicembre 2023).



In questo caso, il rischio da temere potrebbe discendere dalle modalità di gestione, da parte del MASE, delle richieste di rimborso che riguardano spese già parzialmente ammesse ai contributi regionali e viceversa, nonché nelle tempistiche necessarie a soddisfare tali richieste, tutti fattori che potrebbero sollevare problemi laddove gli interessati abbiano avviato la costituzione di CER confidando di ricevere incentivi che potrebbero esaurirsi nelle more della valutazione delle richieste da parte degli enti competenti.

7. L'“affidabilità” del sistema di incentivazione delle Comunità energetiche

Le considerazioni da ultimo svolte si legano al tema generale della “affidabilità” dei sistemi di incentivazione introdotti dal legislatore ai fini di stimolare la realizzazione di impianti FER, il quale rappresenta un argomento che nel corso degli ultimi anni si è rivelato particolarmente controverso, tanto da dare luogo ad un nutrito contenzioso giurisdizionale⁶⁰.

Al di là delle modalità di gestione del sistema di cumulo tra incentivi ministeriali e regionali, il problema che si può porre è duplice, potendo consistere, da un lato, nel temuto ridimensionamento nel corso degli anni degli incentivi previsti direttamente dal decreto n. 414 e, dall'altro lato, nel grado di incidenza del potere di controllo esercitato dal GSE nei confronti dei beneficiari degli incentivi per la realizzazione degli impianti CER.

Quanto al primo punto, il decreto di cui trattasi prevede, al comma 3 dell'art. 4 che «il periodo di diritto alla tariffa incentivante decorre dalla data di entrata in esercizio commerciale dell'impianto ed è pari a 20 anni, considerato al netto di eventuali fermate derivanti da cause di forza maggiore ovvero di fermate effettuate per la realizzazione di interventi di ammodernamento e potenziamento non incentivati», mentre il successivo comma 7 prescrive che «la tariffa spettante resta ferma per l'intero periodo di diritto agli incentivi». Il che indurrebbe a ritenere effettivamente concreto l'impegno del Governo a mantenere invariato l'incentivo per l'intero periodo, anche per evitare l'avvio di ulteriore contenzioso da parte delle – si auspica – numerose CER che resterebbero coinvolte. Del resto, la dottrina aveva già avuto modo di evidenziare, ancor prima

60 Emblematica a tale riguardo è la considerazione di M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, ove evidenzia come «la sorte dei numerosi impianti di produzione di energia rinnovabile, che - con buona pace della nostra esigenza di autonomia energetica, stretti dalla morsa incrociata del GSE e dei giudici, penali e amministrativi - sono stati costretti a restituire gli incentivi contrattualmente riconosciuti e dunque a lavorare in perdita e in ultimo a chiudere, perché il primo - e poi i secondi - hanno ritenuto che i loro titoli abilitativi edilizi, pur mai contestati dalle autorità competenti, non fossero 'idonei' e/o hanno affermato che i controlli del GSE sulla legittimità degli atti di ammissione agli incentivi energetici fossero sottratti ai limiti generali dell'autotutela amministrativa». Per una ricostruzione delle vicende processuali che hanno interessato le previsioni c.d. “spalma-incentivi” introdotte dall'art. 26, D.L. 24 giugno 2014, n. 91, che ha disposto una rimodulazione degli incentivi riconosciuti sulla base di convenzioni ventennali ai titolari di impianti fotovoltaici di grandi dimensioni si veda L. Anibaldi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e gli interventi rimodulatori*, in *gior. dir. amm.*, n. 4/ 2022, 481 ss., nonché C. Vivani – F. Triveri, *Energia rinnovabile ed efficienza energetica - I poteri di controllo e di verifica del GSE in materia di incentivi*, in *Giur. It.*, n. 10/2021, 2191, ss. Più di recente, per un quadro sistematico ed aggiornato della situazione, si veda anche G. La Rosa, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull' “affidabilità” del sistema di incentivazione di cui al decreto RED II*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XXII - Fascicolo n. 1/2022.



dell'entrata in vigore del decreto, come il quadro europeo e nazionale inducesse a ritenere «non ragionevole e logico ... un mutamento normativo in senso deteriore in corso di erogazione dell'incentivazione»⁶¹, benché ad oggi non sia ovviamente possibile escludere a priori un intervento volto a contrarre le incentivazioni per ragioni sopravvenute, non essendo di per sé sufficiente a garantire gli operatori la previsione sopra richiamata.

Quanto al secondo punto, il decreto del MASE in questione prevede, all'art. 5, comma 5, che «il GSE dispone la decadenza degli incentivi di cui al presente titolo, con l'integrale recupero delle somme eventualmente già versate nei seguenti casi:

a) perdita di uno o più dei requisiti di ammissibilità di cui all'articolo 3;

b) dichiarazioni mendaci contenute nell'istanza di accesso al contributo o rese in qualunque altra fase del procedimento».

Tuttavia, l'individuazione delle regole operative connesse alle «fattispecie di decadenza e di revoca totale e parziale dei benefici di cui al presente decreto» sono attribuite al GSE (art. 11, comma 2, lett. p)). Resta quindi da valutare, anche alla luce delle regole operative di recente pubblicazione, se ed in che misura le fattispecie di decadenza e di revoca totale e parziale dei benefici terranno in considerazione le modifiche apportate dal legislatore statale al potere di controllo del GSE⁶². Ulteriore problema potrebbe concernere infine le possibili modalità di calcolo dell'incentivo: basti considerare che anche recentemente sono sorte contestazioni circa la conformità rispetto alla disciplina eurolunitaria di talune clausole che erano state previste nei contratti stipulati in passato tra taluni operatori titolari di impianti fotovoltaici ed il GSE⁶³.

8. La forma giuridica delle Comunità energetiche.

Una delle principali preoccupazioni che è stata sollevata dalla dottrina fin dalla pubblicazione delle Direttive europee che hanno introdotto le Comunità energetiche è stata, in realtà, rappresentata dall'individuazione dei modelli giuridici da scegliere ai fini della loro

61 G. La Rosa, *op.ult. cit.*

62 Cfr., al riguardo, le considerazioni svolte da M. Protto, *Il Decreto Semplificazioni alla prova dei fatti - La riscrittura dei poteri di controllo del GSE nell'ambito dell'autotutela*, in *Giur. It.*, n. 5/2021, 1242, ss. Il tema è stato esaminato, seppure sotto profili diversi, dalla giurisprudenza amministrativa, con riguardo all'inquadramento dell'istituto della decadenza dal diritto ad accedere ai benefici e dei relativi limiti interpretativi, nonché con specifico riferimento alla corretta applicazione nei confronti dei procedimenti in questione dell'istituto del cd. "preavviso di rigetto", di cui all'art. 10bis l. 241/1990 (cfr. da ultimo Cons. St. 1596/2024, nonché Tar Lazio - Roma, Sez. III ter, 23 novembre 2023, n. 17435; Cons. St. nn. 4349/2023, 2144/2023 e 2146/2023, le quali richiamano anche la sentenza della Corte Cost. n. 237/2020).

63 Si consideri, infatti, che è tuttora aperto un fronte giudiziario con specifico riguardo alla legittimità della clausola, inserita nei contratti del GSE, che prevedeva che, nel caso in cui il valore dell'incentivo, ottenuto come differenza tra la tariffa spettante ed il prezzo zonale orario, risultasse negativo, il soggetto responsabile fosse tenuto a restituire tale differenza al medesimo GSE: di recente sul punto il Consiglio di Stato ha disposto un rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (cfr. ord. 10 gennaio 2024, n. 926), che peraltro fa seguito ad un altro rinvio a tal proposito disposto sempre dal Consiglio di Stato (cfr. ord. 8 agosto 2023, n. 7673 - Causa C-514/23, *Tiberis Holding*), pur in una fattispecie con profili parzialmente differenti.



realizzazione⁶⁴. A tal riguardo, se non si riscontrano voci contrarie circa la possibilità che le CE assumano la forma di associazioni riconosciute (e non) – benché non siano state nascoste le criticità connesse alla costituzione di associazioni non riconosciute nel caso di CER aventi “dimensioni medie”, non tutelando in modo adeguato soci ed amministratori dalle responsabilità e dai rischi connessi alle attività della Comunità⁶⁵ – di fondazioni o di società cooperative⁶⁶, dubbi vengono invece sollevati da più parti con riguardo a modelli giuridici differenti, anche in funzione della eventuale partecipazione alle Comunità da parte degli enti locali⁶⁷.

In particolare, la dottrina appare in via di massima incline ad escludere la possibilità di costituire una CE nelle forme della società per azioni⁶⁸, o ricorrendo al modello del contratto di rete⁶⁹, mentre si possono registrare voci discordanti nella letteratura (non solo) giuridica soprattutto con riguardo all’ipotesi che le Comunità assumano le vesti della società a responsabilità limitata, della società consortile, oppure della cd. “società *benefit*”.

Quanto alla prima, vi è, infatti, chi ha aperto ad un tale modello, a patto che non si dia vita ad una “aggregazione mista”, che preveda cioè la partecipazione alla CE da parte di enti locali⁷⁰, anche se va segnalato come la dottrina prevalente risulti in realtà propensa ad escludere in via generale l’applicazione di tale modello, in ragione delle finalità che gli sono proprie, dunque a prescindere dalla presenza o meno di enti pubblici nella compagine sociale⁷¹.

64 Il tema è stato esaminato, tra gli altri, con specifico riferimento agli aspetti organizzativi delle Comunità da M.L. De Vidovich - L. Tricarico - M. Zulaniello *Modelli organizzativi per le comunità energetiche*, in *Impresa Sociale*, n. 1/2023, 122, ss.; con riguardo più da vicino ai modelli giuridici compatibili con le CE, invece, soprattutto, da M. Meli, *Le comunità energetiche - Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., ss.; E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., 111, ss.; U. Patroni Griffi, *Le Comunità Energetiche Portuali*, cit., 12; A. Bernardoni - C. Borzaga - J. Sforzi, *Comunità energetiche rinnovabili*, cit., 78 e C. Favilli *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, in *Resp. Civ. Previd.*, fasc. 2/ 2023, 385, ss., ove si fa riferimento anche alle esperienze portate avanti da altri Paesi europei.

65 A. Bernardoni - C. Borzaga - J. Sforzi, *Comunità energetiche rinnovabili*, cit., 79.

66 *Ibidem*.

67 Cfr., peraltro, A. Persico, *Le Comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XXII – Fasc. n. 2/2022, 5, il quale ha avanzato qualche dubbio anche sul possibile ricorso a società cooperative nel caso di partecipazione di enti pubblici locali.

68 *Ex multis*, cfr. A. Persico, *Le Comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali*, cit., 5, ss., E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., 111, ss.; *contra*, tuttavia, M. Meli, *Le comunità energetiche*, cit., 2768, secondo il quale, invece, una CER in via di massima (ma con le specificazioni ivi argomentate) “potrebbe senz’altro essere realizzata attraverso un ente a scopo di lucro”.

69 E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., 111, ss.

70 C. Bevilacqua, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, cit., 12,

71 E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., 112, ss.



Quanto al modello del consorzio o a quello della società consortile è stata poi rilevata la difficoltà di conciliare i modelli suddetti con il “carattere aperto”, caratteristica, come detto, strutturale imprescindibile della CE⁷², benché vi sia stato, anche recentemente, chi ha rilevato le diversità fisiologica tra i due modelli sopra richiamati, che forse imporrebbero una diversa valutazione circa la rispettiva compatibilità allo strumento delle Comunità⁷³.

Quanto alle cd. “società benefit”⁷⁴, se da parte di qualcuno è stato evidenziata la possibile incompatibilità di tale modello con la *ratio* sottesa alla CE, in ragione del fatto che la tipologia societaria in questione deve comunque avere «*come obiettivo principale la distribuzione di utili tra i relativi soci*»⁷⁵, altri, per contro, hanno invece ritenuto che la “società benefit”, permettendo di «*coniugare lo scopo di lucro con il fine di assicurare alla collettività un beneficio comune*», sembrerebbe una delle forme «*di elezione per le CER*»⁷⁶.

L’eventuale partecipazione degli enti pubblici alle CER solleva inoltre poi problematiche connesse alla esigenza di coniugare le finalità degli enti pubblici interessati, nel contesto normativo di riferimento, rispetto agli interessi privati sottesi alla realizzazione delle Comunità.

In questo senso, ad esempio, la Corte dei Conti – Sez. reg. di Controllo della Toscana, con la nota deliberazione n. 77/2023/PASP, relativa alla prospettata adesione ad una CER da parte del Comune di Montevarchi ha censurato l’iniziativa di quest’ultimo con riferimento specifico alla «*decisione di conseguire tale obiettivo mediante il ricorso ad un modello organizzativo di tipo societario*», dimostrando quindi un atteggiamento di tendenziale chiusura (o, perlomeno, di prudenza) rispetto alla possibilità di costituire apposite società miste pubblico-private ai fini della realizzazione delle CER, soprattutto, nel caso di operazioni ritenute non adeguatamente motivate da parte dell’ente pubblico aderente.

In modo apparentemente più estensivo, si è tuttavia posta in un altro caso la successiva deliberazione n. 52/2023/PASP, con la quale la Corte dei Conti – Sez. reg. di Controllo per la Regione Friuli Venezia ha invece deliberato di non ravvisare «*elementi ostativi all’acquisto della partecipazione del Comune di Fontanafredda nella società cooperativa Benefit Comunità energetica Part-Energy a.r.l.*», pur rilevando nel contempo la necessità da parte della stessa Amministrazione comunale di «*un attento monitoraggio dell’operazione societaria affinché mantenga nel tempo i presupposti finalistici nonché di sostenibilità e convenienza oltre che di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa*».

Questo sintetico riepilogo delle diverse riflessioni svolte nel corso degli anni dalla dottrina ed in parte rinvenibili anche nelle citate deliberazioni del Giudice contabile evidenziano un quadro segnato da numerosi dubbi circa i modelli giuridici compatibili con la struttura e le

72 M. Meli, *Le comunità energetiche*, cit., 2769.

73 Così, AA.VV., *L’amministrazione sostenibile: il modello delle comunità energetiche*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 11 gennaio 2024, 17, soprattutto con riguardo alla partecipazione degli enti locali alla CER.

74 Per un inquadramento della normativa, si veda il recente contributo di P. Guida, *La evoluzione normativa in tema no-profit*, in *Notariato*, n. 6/2023, 623, ss.

75 *Ibidem*.

76 U. Patroni Griffi, *Le Comunità Energetiche Portuali*, cit., 14.



finalità concepite dal legislatore euro-unitario per le Comunità energetiche, che potrebbero indurre gli operatori ad optare per soluzioni più “sicure”, ma nello stesso tempo in realtà meno adeguate alle proprie esigenze, nonché alla realtà territoriale, sociale ed economica nella quale le istituende Comunità dovrebbero svilupparsi⁷⁷.

9. Il rispetto delle tempistiche del PNRR.

Vi è infine un'ultima criticità da esaminare.

Il decreto del MASE n. 414/2023 recepisce le risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), il quale, come già rilevato, ha stanziato 2,2 miliardi di Euro per la promozione delle CER nei comuni con meno di 5.000 abitanti, al fine di rilanciarne lo sviluppo, nonché di mitigare le situazioni di vulnerabilità economica a cui essi sono esposti.

Il sostegno allo sviluppo delle CE è ricompreso, in particolare, nella «*Missione Rivoluzione verde e transizione ecologica - Componente: Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile*» (M2C2.1), rappresentandone uno degli investimenti sui quali il Piano ha puntato con decisione⁷⁸.

Stando a quanto stabilito nel Piano italiano, l'Investimento «1.2: *Promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l'auto-consumo*» è in particolare volto a fornire un sostegno alle CE ed alle strutture collettive di autoproduzione, consentendo «*di estendere la sperimentazione già avviata con l'anticipato recepimento della Direttiva RED II ad una dimensione più significativa e di focalizzarsi sulle aree in cui si prevede il maggior impatto socio-territoriale. L'investimento, infatti, individua Pubbliche Amministrazioni, famiglie e microimprese in Comuni con meno di 5.000 abitanti, sostenendo così l'economia dei piccoli Comuni, spesso a rischio di spopolamento, e rafforzando la coesione sociale*».

Nel PNRR si specifica altresì che «*l'investimento mira a garantire le risorse necessarie per installare circa 2.000 MW di nuova capacità di generazione elettrica in configurazione distribuita da parte di comunità delle energie rinnovabili e auto-consumatori di energie rinnovabili che agiscono congiuntamente*», aggiungendo a ciò che «*la realizzazione di questi interventi, ipotizzando che riguardino impianti fotovoltaici con una produzione annua di 1.250 kWh per kW, produrrebbe circa 2.500 GWh annui, contribuirà a una riduzione delle emissioni di gas serra stimata in circa 1,5 milioni di tonnellate di CO₂ all'anno*».

77 In tale contesto spicca la decisione di traghettare le CER nella disciplina del cd. “terzo settore”, che è stata compiuta dal legislatore nazionale attraverso «*l'introduzione di apposite e mirate modifiche recentemente apportate al D.Lgs. n. 112/2017 ed al D.Lgs. n. 117/2017*», cfr. M. Meli, *Le comunità energetiche*, cit., 2771.

78 Nel PNRR si evidenzia in apertura alla parte dedicata alla Missione 2 che «*la prima linea di investimento ha come obiettivo l'incremento della quota di energie rinnovabili. L'attuale target italiano per il 2030 è pari al 30 per cento dei consumi finali, rispetto al 20 per cento stimato preliminarmente per il 2020. Per raggiungere questo obiettivo l'Italia può fare leva sull'abbondanza di risorsa rinnovabile a disposizione e su tecnologie prevalentemente mature, e nell'ambito degli interventi di questa Componente del PNRR: i) sbloccando il potenziale di impianti utility-scale, in molti casi già competitivi in termini di costo rispetto alle fonti fossili ma che richiedono in primis riforme dei meccanismi autorizzativi e delle regole di mercato per raggiungere il pieno potenziale, e valorizzando lo sviluppo di opportunità agro-voltaiche; ii) accelerando lo sviluppo di comunità energetiche e sistemi distribuiti di piccola taglia, particolarmente rilevanti in un Paese che sconta molte limitazioni nella disponibilità e utilizzo di grandi terreni ai fini energetici [...]*».



Ben definiti sono quindi gli obiettivi dell'investimento previsto, così come ben definito è il relativo orizzonte temporale, che prevede che entro il mese di dicembre 2025 si giunga alla sottoscrizione dei contratti per la realizzazione «degli interventi per le comunità energetiche» ed entro il mese di giugno 2026 «sostenere le comunità energetiche dei comuni con meno di 5.000 abitanti, installare almeno 2.000 MW da fonti rinnovabili e produrre 2.500 GWh all'anno»⁷⁹

Senonché il raggiungimento di questi ambiziosi obiettivi non appare agevole se si considera il numero di CER ad oggi esistenti⁸⁰, ma, d'altra parte, le stesse previsioni del Governo sulla diffusione delle Comunità nel territorio nazionale⁸¹ rischiano di essere riviste, atteso l'imprevisto rallentamento nei tempi di pubblicazione del decreto n. 414 (in origine previsto nei mesi estivi del 2023) determinato dalla valutazione della Commissione Europea.

Si tenga peraltro in considerazione che le misure del PNRR, riguardano solo le CER da realizzare nei Comuni con meno di 5.000 abitanti e consistono quindi in un apposito contributo in conto capitale, come del resto si evince in modo netto anche dal decreto ministeriale di cui trattasi.

Ciò significa, per un verso, che gli incentivi confluiti nella tariffa premiante esulano dalle misure del Piano e, per altro verso, che l'obiettivo specifico di quest'ultimo – che viene indentificato, come detto, essenzialmente nel sostentamento della «*economia dei piccoli Comuni, spesso a rischio di spopolamento [...] rafforzando la coesione sociale*» – coincide solo in parte con quello ben più ampio enunciato per le CER nella disciplina europea.

10. Considerazioni conclusive.

Le Comunità energetiche rappresentano uno strumento affascinante che – con la recente pubblicazione del decreto del MASE n. 414/2023, sul quale, pur a grandi linee, ci si è sopra soffermati – si auspica possa riscuotere ampio successo anche in Italia, ove l'accoglienza è stata finora tiepida, anche alla luce delle difficoltà incontrate nel dare attuazione alla relativa disciplina.

In questa prospettiva, lo specifico sostegno alle CER, promosso fin da subito a livello europeo ed attuato a livello nazionale e regionale attraverso i meccanismi di incentivazione, ai quali si è fatto cenno sinteticamente, risulta non solo giustificabile, in ragione degli obiettivi posti dal *Clean Energy Pack*⁸² e dall'articolato normativo prodotto negli ultimi anni⁸³, ma anche

79 Cfr., www.italiadomani.gov.it.

80 Infatti, stando all'*Electricity Market Report 2023* dell'Energy&Strategy School of Management Politecnico Milano, al mese di dicembre 2023 risultavano «presenti circa 85 configurazioni in autoconsumo collettivo: 61 gruppi di autoconsumatori e 24 comunità di energia. Considerando le iniziative ancora in fase progettuale, il totale raggiunge 198 iniziative, 6 volte di più rispetto alle 33 mappate nel 2021 [...]».

81 Cfr.: https://www.ansa.it/canale_ambiente/notizie/energia/2023/02/24/pichetto-fratinpuntiamo-a-15mila-comunita-energetiche_c1a23bcc-a6b0-4511-b4a0-6e634713e310.html.

82 Per un suo inquadramento generale si vedano, tra gli altri ed oltre ai contributi già in precedenza richiamati, F. Scalia, *L'efficienza energetica nell'ambito del «Clean energy for all europeans package» e della Strategia energetica nazionale*, in *Dir. e Giur. Agraria, Alimentare e dell'Ambiente*, 6/2017, P. Bertolini - A. Gemmo, *Clean Energy Package – La transizione verso l'Unione dell'energia*, in <https://rgaonline.it/rivista/>.

83 Tra gli altri, cfr. F. Vetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2020, 501-537.



del tutto condivisibile, perché rappresenta uno strumento chiave per invertire la rotta verso una gestione sostenibile e responsabile delle risorse del Pianeta, recependo le felici intuizioni di H. Jonas, di S. Latouche, di J. Rifkin e di altri pensatori, che con il loro contributo hanno stimolato nella società la convinzione che solo un radicale mutamento dell'attuale sistema consenta di dare un futuro alle prossime generazioni.

Ciò, tuttavia, non toglie che sulle Comunità energetiche residuino a tutt'oggi diversi dubbi interpretativi tanto di ordine sistematico, quanto di ordine più strettamente operativo. In particolare, sul piano più sistematico appaiono, come visto, principalmente due le questioni che sollevano maggiori criticità: la prima riguarda la perimetrazione della loro nozione, mentre la seconda attiene all'attuale articolazione della relativa disciplina.

Quanto alla prima, sarebbe forse da riflettere sull'opportunità di chiarire in modo più esaustivo la nozione di CE, nonché il rapporto tra la stessa nozione "a monte" e quelle "a valle" di CEC e CER, rapporto che ad oggi, come visto, appare tanto nebuloso e non privo di ambiguità, da rendere fragili le fondamenta concettuali di tali istituti. È vero infatti che, come sosteneva M. Foucault, «c'è nel linguaggio una funzione simbolica»⁸⁴, ma non basta un generico richiamo alla concezione di "comunità" – ossia, ad un concetto evocativo, che stimola ambiziose speranze – per dare sostanza ad istituti che potrebbero, come ci si augura, avere un impatto rivoluzionario sulla vita dei cittadini europei; anzi, una fragilità concettuale, com'è ad oggi avvertibile, potrebbe paradossalmente rappresentare un ostacolo al diffuso sviluppo degli istituti in considerazione.

Quanto alla seconda, invece, l'attuale frammentaria cornice normativa non solo mette in grave difficoltà la piena comprensione e la conseguente applicazione degli istituti che sa essa regola, ma rischia oltretutto di far assumere ad ARERA ed al GSE il compito di plasmare la disciplina in materia, completandola⁸⁵, attribuendo così di fatto a tali enti il ruolo che dovrebbe spettare invece al legislatore. Una siffatta circostanza dovrebbe indurre il legislatore nazionale a riflettere sulla necessità di riorganizzare l'attuale quadro di regole, valutando in particolare la possibilità di introdurre una effettiva cornice unitaria della materia "energia", da realizzare attraverso l'approvazione di un codice *ad hoc*, o, perlomeno, di un testo unico che razionalizzi la disciplina delle energie rinnovabili, come già da tempo avviene in altri Paesi europei⁸⁶.

84 M. Foucault, *Le parole e le cose*, Milano, 2018, 52.

85 Cfr. le osservazioni di F. Vetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia*, cit., il quale ha avuto modo di rilevare, con riferimento al GSE che quest'ultimo «rientra tra quelle figure soggettive ibride, convivendo in esso elementi privatistici ed elementi pubblicistici. Ad oggi, però, il legislatore nazionale e, di conseguenza, la giurisprudenza hanno ritenuto di valorizzare maggiormente, potremmo dire esclusivamente, gli elementi pubblicistici della società, ridimensionando gli elementi privatistici, comunque, presenti in esso. Il risultato è stato quello di attrarre il GSE nel perimetro allargato della pubblica amministrazione. Trattasi di una soluzione che presenta alcuni inconvenienti».

86 Così ad esempio è quanto è avvenuto nell'ordinamento francese ed in quello tedesco. Sulle due esperienze si rinvia, in particolare, all'ampio approfondimento compiuto recentemente da P. M. Rosa Salva, *Gli enti locali nella transizione energetica. Nuovi metodi e strumenti per il governo del territorio*, cit., 135 ss.; sull'esperienza francese si veda altresì V. Pepe, *Le "Comunità Energetiche" come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile. Prime note sull'esperienza francese*, cit. Quanto, invece, alla esperienza spagnola, si



Questa potrebbe anche rappresentare l'occasione, da un lato, per fornire una disciplina di ordine generale che agevoli gli operatori nell'individuare le forme di Comunità energetica più idonee alle relative esigenze, nonché a quelle del territorio nelle quali si prevede la costituzione di tali Comunità, dall'altro lato, per risolvere, perlomeno una parte dei problemi di ordine operativo, tra i quali quelli sopra sommariamente descritti, che possono sorgere a tale riguardo.

Restano poi numerose altre criticità più specifiche, che inducono a ritenere, da un lato, che gli operatori siano spinti a dare attuazione alle CER sfruttando prudenzialmente i percorsi giuridici più sicuri, dall'altro lato, che gli enti locali manifestino qualche diffidenza ad un coinvolgimento diretto, anche alla luce delle sopra richiamate deliberazioni della Corte dei Conti, dall'altro lato, ancora, che le CEC restino uno strumento di scarso utilizzo, in assenza di incentivi vantaggiosi: circostanza che, tuttavia rischiano di non vedere sfruttate pienamente quelle che sono le reali potenzialità degli istituti in discussione.

Vi sono altresì ulteriori problemi, che non sembra siano stati affrontati finora in modo sistematico, quali quelli relativi alla gestione nel tempo degli impianti che verranno realizzati dalle CE, o alle modalità del loro smaltimento, temi sui quali forse sarebbe opportuno ricorrere ad adottare un «*approccio normativo metatecnologico*», come suggerito recentemente⁸⁷.

Anche in ragione di ciò, si deve quindi constatare che, se è vero che le Comunità energetiche si rivelano indubbiamente un istituto di grande fascino, l'esame dell'attuale disciplina ci restituisce, tuttavia, una situazione di particolare complessità, che necessita di essere maneggiata con cura prima di avviare il percorso previsto per la loro attuazione.

È quindi questa consapevolezza che deve guidare le iniziative che verranno assunte al riguardo, anche per evitare che, pur di cogliere le opportunità che vengono offerte dagli incentivi recentemente introdotti dal MASE, oltre a quelli previsti dalle singole Regioni, vi sia la tendenza a sottovalutare tale complessità, realizzando una situazione già canzonata con arguzia nella celebre battuta del *Così è se vi pare* di Pirandello: «*Non vede? Vogliono una verità, così ... esteriore, non importa quale, purché sia categorica - e si quieterebbero!*».

rinvia, in particolare, ad A. Persico, *Le Comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali*, cit., 14, ss.

⁸⁷ Sul tema, L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 239, ss.

OSSERVATORIO DI DIRITTO PENALE SOSTANZIALE n. 1/2024

Substantive criminal law observatory n. 1/2024

Andrea De Lia - Gaia Gandolfi¹

Abstract [ITA]: questo numero contiene un massimario delle più importanti sentenze della Cassazione e della Corte costituzionale depositate nel primo trimestre 2024, nonché il riferimento ad alcune novità normative in materia di diritto penale sostanziale.

Parole chiave: diritto penale sostanziale - evoluzioni giurisprudenziali - novità normative.

Abstract [ENG]: *this issue contains a summary of the most important rulings of the Supreme Court and the Constitutional Court filed in the first quarter of 2024, as well as references to some regulatory innovations in the field of substantive criminal law.*

Key words: *substantive criminal law - jurisprudential developments - regulatory innovation*

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Il repertorio delle più importanti pronunce della suprema Corte di cassazione relative al primo trimestre 2024. - 3. Il repertorio delle sentenze della Corte costituzionale. - 4. Le novità normative.

1. Premesse.

Ormai da molti anni si discute nel nostro Paese della progressiva divaricazione tra “*law in the books*” e “*law in action*”, ovvero della graduale perdita di valore della legge scritta e dell’avanzare della *judge-made law*, del passaggio dalla “*fattispecie*” al “*precedente*”².

1 In questo numero, il repertorio della giurisprudenza della Corte di cassazione nonché la rassegna delle novità normative sono state curate dall’Avv. Gaia Gandolfi. Il repertorio della giurisprudenza della Consulta, invece, è stato curato da Andrea De Lia, responsabile dell’Osservatorio.

2 In argomento si veda, *ex multis*, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014.



Si tratta di una evoluzione (per taluni, in realtà, una “involuzione”) determinata da una vasta serie di fattori; tra questi, può essere segnalata, innanzitutto, la vetustà dell’impianto codicistico, che non di rado ha costretto la giurisprudenza a fornire delle interpretazioni “evolutive” delle norme e di interi istituti, per adattarli a rinnovate esigenze di contesto³.

A ciò si aggiunga il difetto di tecnica normativa che, purtroppo, accompagna molte delle più recenti riforme attuate dal legislatore e che molto spesso genera disposizioni oscure, talora volutamente indeterminate, la cui definizione viene rimessa al buon senso del giudice⁴.

Su tali tendenze, infine, pesa il confronto con il diritto ed il formante giurisprudenziale sovranazionale, che è informato, a sua volta, sull’idea della *common* piuttosto che della *civil law*, e che finisce, inevitabilmente per influenzare le tendenze interne⁵.

In tale complesso quadro, dunque, anche la dottrina ha finito inevitabilmente per “perdere terreno”⁶ e, (perlomeno) nel settore penalistico, la giurisprudenza e la prassi sono divenute il punto di riferimento di più alto rilievo per gli operatori del diritto.

Quelle sopra descritte, ciò non di meno, rappresentano prospettive che, guardate con una certa avversione dai “nostalgici” della *lex scripta* (o, come è stato argutamente osservato, da coloro che possono anche essere tacciati di essere “ingenui”)⁷, debbono essere approcciate con enorme cautela, non solo per via di potenziali derive *contra reum*, nel contesto di soluzioni tese ad esprimere scelte di politica criminale in sede giudiziale che, invece, dovrebbero essere riservate al legislatore, ma in ragione della circostanza che i frequenti contrasti giurisprudenziali rendono il terreno dell’interprete particolarmente incerto ed accidentato⁸.

Fatto è che queste tendenze, inevitabilmente, si sono riverberate sull’offerta editoriale: non solo i codici commentati con la giurisprudenza rappresentano uno dei prodotti di maggior successo tra i volumi pubblicati, ma nelle riviste, anche quelle di “classe A”, che in passato erano maggiormente votate alla diffusione dei saggi (perché connotati da un maggior crisma scientifico), hanno concesso, man mano, sempre più ampio spazio alle note a sentenza e, via via, hanno introdotto anche dei repertori giurisprudenziali.

In quest’ottica, allora, la funzione dei periodici è, in un contesto oltremodo caotico, quella di fornire un’informazione costante, veloce e chiara ai lettori, ma nel contempo quella di “misurare il polso”, di verificare “lo stato di salute” e l’evoluzione del diritto “vivente”.

Altrettanto importante è l’analisi e il monitoraggio dei pronunciamenti della Consulta che, negli ultimi tempi, ha mostrato un maggior coraggio ed incisività nell’approccio ad alcune

3 Vd. F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, Pisa, 2019, 109 ss.

4 A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 33 ss ha parlato di una “cambiale in bianco” rilasciata dal legislatore alla magistratura.

5 Su questi temi vd. M. DONINI, *L’europaismo giudiziario e la scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Torino, 2011, *passim*.

6 Vd. A. CAVALIERE, *Qualche considerazione sui rapporti tra teoria e prassi in diritto penale*, 29 marzo 2024, in www.archiviopenale.it.

7 In argomento, vd. R. RAMPIONI, *Dalla parte degli “ingenui”. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Padova, 2007.

8 Su questo tema, vd. A. MANNA, *Alcune considerazioni conclusive sul massimario e nomofilachia nel regime della complessità*, in Id. (a cura di), *L’ufficio del massimario e la forza dei precedenti*, Milano, 2020, 209 ss.



scelte critiche attuate dal legislatore nel settore del diritto penale sostanziale⁹ (e non solo), come dimostrano alcune decisioni intervenute, ad esempio, sulla disciplina delle misure di prevenzione, sul c.d. “ergastolo ostativo” e più in generale sul diritto penitenziario, sul fine vita, e così via.

Il tutto, sperimentando nuovi protocolli operativi (attraverso l’inedito istituto della c.d. “ordinanza interlocutoria”), assumendo posizioni maggiormente penetranti rispetto alle scelte compiute dal Parlamento (mediante un, seppur sporadico, abbandono della logica del c.d. “*tertium comparationis*”)¹⁰, nonché ricercando soluzioni in delicatissimo equilibrio tra il diritto sovranazionale e quello interno (come nel caso del *ne bis in idem*, correlato tanto al doppio binario sanzionatorio quanto alle situazioni definibili come “qualificazioni giuridiche multiple”¹¹)¹².

Quanto alle evoluzioni normative, la recente “riforma Cartabia” ha innovato profondamente il sistema interno, gettando il seme per un futuro, più consistente cambio di rotta, in termini di abbandono del sistema carcerocentrico; in quest’ottica, si deve segnalare l’introduzione della *restorative justice*, oggetto di una disciplina organica ma, nel contempo, di una tutto sommato “timida” presa di posizione da parte del legislatore, che non ha assegnato alla giustizia riparativa un ruolo di vera e propria *diversion*¹³.

Nel contempo, la progressiva introduzione di previsioni premiali, specie nel prisma di fatti di particolare allarme sociale, quali la violenza di genere, ha generato e continua ad alimentare opinioni contrastanti, in un acceso dibattito in cui si sono inserite voci provenienti dai più disparati ambiti. Del resto, il diritto penale rappresenta materia divisiva, che negli ultimi anni ha assunto un ruolo assolutamente improprio, ovvero sia quello di strumento di acquisizione di consenso politico, che si è alimentato attraverso *slogan* quale quello della “certezza della pena”, che hanno condotto ad un diritto penale ipertrofico, disorganico, irrazionale e, sostanzialmente, sproporzionato nonché ingiusto¹⁴.

Certamente non si tratta di fenomeni che caratterizzano soltanto il panorama nostrano, come dimostra, ad esempio, quello statunitense, ove la logica del “*tough on crime*”, del “*pugno di ferro*” contro l’illecito, ha condotto, però, a due effetti indesiderabili, ovvero sia alla *overcriminalization* e alla *mass incarceration*, attraverso una vera e propria spirale liberticida, ben distante dal *liberal credo*.

9 Vd. R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022, 84.

10 Sul tema, vd. V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, spec. 207 ss.

11 Su cui, vd. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1997.

12 In argomento vd., di recente, A.F. TRIPOLI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino 2022; M. SCOLETTA, *Idem crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme penali*, Torino, 2023.

13 G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, 151 ss.

14 In argomento vd., di recente, A. CADOPPI, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, spec. 29 ss (ove si è impiegata la suggestiva locuzione “pandemia penale”). Sull’intreccio tra politica criminale, giurisprudenza e *mass-media*, vd. G. INSOLERA, *Forca e melassa*, Sesto San Giovanni, 2021.



Talché, l'importanza di una costante analisi, aperta alla critica, delle delicate scelte, perché correlate alla libertà individuale, attuate nel settore dal legislatore, che oggi si muove tra due spinte opposte: quella verso il diritto penale "mite", "ridotto", del garantismo, dello *ius criminale* come *extrema ratio*, della pena con funzione eminentemente rieducativa e della logica "riparativa", da un lato. Quella del diritto penale del nemico, della retribuzione, del bisogno di pena nutrito dalla collettività nel contesto di un clima giustizialista e connotato da ansia repressiva, dall'altro.

Di questi temi, allora, vuole occuparsi *AmbienteDiritto*, con la rubrica periodica "Osservatorio", che si prefigge lo scopo di monitorare e selezionare, per conto dei lettori della Rivista, le più importanti pronunce della Cassazione e della Consulta, nonché di registrare le evoluzioni normative nel settore del diritto penale sostanziale.

L'obiettivo è, dunque, quello di fornire al pubblico uno "strumento d'officina", attraverso, innanzitutto, la creazione di un repertorio, estrapolando dalle pronunce più interessanti le massime; ciò con l'impegno, nel caso di adattamenti delle sentenze per finalità editoriali, a mantenere inalterato il senso espresso dalle Corti.

Vi sarà spazio, inoltre, a partire dai prossimi numeri, per delle brevi note alle più importanti sentenze intervenute nel trimestre di riferimento, con maggiori approfondimenti ed un quadro ancor più delineato su singoli *cases law*.

La rubrica, inoltre, ospiterà una sezione dedicata alle novità normative, che si potrà sviluppare attraverso una più stringata segnalazione degli interventi legislativi, oppure in commenti più estesi ed articolati.

Il nostro costituisce un esperimento stimolante e impegnativo, per il quale si prevede il futuro coinvolgimento di altri studiosi della materia, anche esterni all'organigramma della Rivista, con la formazione di un piccolo "gruppo di ricerca", nella direzione di una sempre maggiore apertura di *AmbienteDiritto* verso la materia penale.

Trattandosi di un "progetto pilota", saranno certamente ben accetti suggerimenti circa il miglioramento della rubrica e, conseguentemente, del nuovo servizio che s'intende offrire ai lettori.

Il Direttore

Fulvio Conti Guglia

Il responsabile dell'Osservatorio

Andrea De Lia

1. Il repertorio delle più importanti pronunce della suprema Corte di cassazione relative al primo trimestre 2024.

1) Cass., Sez. III, dep. 2 gennaio 2024, Ud.15 novembre 2023, n. 7

Violenza sessuale



Ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante di cui al comma 3 dell'art. 609-*bis* c.p. (fatto di minore gravità) è necessaria una valutazione globale del fatto che tenga in considerazione una serie di diversi elementi, quali i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coercizione esercitato sulla vittima, le condizioni psico-fisiche della persona offesa, queste ultime valutate anche in relazione all'età. Ciò al fine di verificare che la libertà sessuale della vittima non sia stata compressa in maniera grave e che non sia stato arrecato alla medesima un danno rilevante, anche in termini psichici.

2) Cass., Sez. IV, dep. 2 gennaio 2024, Ud. 12 dicembre 2023, n. 32

Omesso versamento di ritenute dovute certificate

In ordine alla fattispecie di cui all'art. 10-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, è legittima la confisca, anche per equivalente, dell'intera somma corrispondente all'imposta non versata (e non della sola parte eccedente la soglia di punibilità), sostanziandosi il profitto del reato nell'intero ammontare del tributo non corrisposto.

3) Cass., Sez. I, dep. 5 gennaio 2024, ud. 21 novembre 2023, n. 409

Diffamazione

Il delitto di diffamazione è integrato anche nel caso in cui, su una *chat* condivisa con altre persone, vengano inviati messaggi compendianti espressioni offensive nei riguardi di un determinato soggetto e questi non li abbia percepiti nell'immediatezza, poiché non collegato al momento del recapito.

4) Cass., Sez. III, dep. 9 gennaio 2024, ud. 14 dicembre 2023, n. 686

Discarica abusiva - confisca - terzi estranei al reato

La confisca dell'area sulla quale è realizzata o gestita la discarica non autorizzata non può essere disposta con la sentenza di condanna, in caso di comproprietà della medesima area, laddove i comproprietari non siano responsabili, a titolo di concorso, del reato di discarica abusiva; ciò in quanto l'area non possiede un'intrinseca pericolosità in senso assoluto e può essere bonificata dai residui inquinanti. Tuttavia, qualora l'intera *res* venisse restituita ai titolari della comproprietà indivisa rimasti estranei al reato, si consentirebbe anche al proprietario condannato di riacquistare la piena disponibilità dell'immobile, con evidente frustrazione della *ratio* della disposizione incriminatrice di riferimento. Per scongiurare, dunque, il rischio che il diritto del terzo estraneo al reato venga sacrificato, la quota di spettanza di questi deve essergli restituita, con conseguente legittimazione ad ottenere, in sede di esecuzione penale, la divisione del bene.



5) Cass., Sez. III, dep. 10 gennaio 2024, ud. 14 dicembre 2023, n. 870

Reati edilizi - ordine di demolizione

In tema di abusi edilizi *ex art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*, l'ordine di demolizione disposto con la sentenza di condanna, previsto dall'art. 31, comma 9, d.P.R. n. 380/2001, anche laddove abbia ad oggetto interventi edilizi di prosecuzione e/o di completamento di un precedente abuso dichiarato estinto per intervenuta prescrizione ed in relazione al quale il precedente ordine demolitorio era stato revocato, deve essere eseguito sull'immobile considerato nella sua interezza.

6) Cass., Sez. V, dep. 10 gennaio 2024, ud. 20 dicembre 2023, n. 1243

Delitto di tortura aggravato *ex art. 613-bis, comma 4, c.p.*

La fattispecie di cui all'art. 613-*bis*, comma 4, c.p. (delitto di tortura aggravato dall'aver cagionato lesioni alla persona offesa) configura un'ipotesi di reato aggravato dall'evento, incentrato sulla "derivazione" delle lesioni dalle condotte descritte al comma 1 della medesima disposizione incriminatrice e, dunque, sulla sussistenza del nesso eziologico tra comportamento ed evento. Tale reato è configurabile solo nel caso in cui le lesioni non siano state volute dal soggetto agente, realizzandosi nell'ipotesi contraria e, cioè, laddove le lesioni abbiano costituito oggetto della rappresentazione e volontà del soggetto agente, un concorso di reati.

7) Cass., Sez. V, dep. 10 gennaio 2024, ud. 24 novembre 2023, n. 1152

Bancarotta documentale

In merito alla fattispecie di cui all'art. 217 r.d. 16 marzo 42, n. 267, se è vero che la responsabilità dell'amministratore, che rivesta solo formalmente la carica perché estromesso dalla gestione della società, sorge dalla violazione dei doveri di vigilanza e di controllo che derivano dall'accettazione della carica, altrettanto vero è che, ai fini della configurabilità del reato, è necessario che il soggetto agente abbia avuto l'effettiva e concreta consapevolezza dello stato delle scritture contabili.

8) Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2023, dep. 12 gennaio 2024, n. 1425

Omicidio colposo

Sebbene il soggetto che abbia la disponibilità di impianti ed attrezzature per l'esercizio di attività sportive sia titolare di una posizione di garanzia *ex art. 40, comma 2, c.p.*, il dovere di garanzia non è, comunque, generico ed illimitato, né può generare responsabilità per qualsivoglia evento dannoso occorso agli utenti dell'impianto. Il dovere di garanzia, affinché



possa considerarsi fonte di penale responsabilità, deve, infatti, essere correlato ad una condotta rimproverabile a titolo di colpa, in termini o di violazione di una regola cautelare specifica prevista per scongiurare il rischio di evento in concreto verificatosi, ovvero, di omissione di un comportamento effettivamente e concretamente esigibile da parte del soggetto agente (nel caso al vaglio la suprema Corte, accogliendo il ricorso proposto dall'imputato e, per l'effetto, annullando senza rinvio la sentenza impugnata, ha ritenuto esente da penale responsabilità il gestore di un circuito motociclistico, condannato in sede di merito per il reato di cui all'art. 589 c.p. La Cassazione ha ritenuto che il soggetto interessato avesse adempiuto a tutti gli obblighi gravanti sul medesimo, con particolare riferimento alla conformità del suo operato al regolamento della Federazione Motociclistica Italiana e alle omologhe del circuito da parte dei tecnici della medesima Federazione, da considerarsi come i maggiori esperti del settore. Sicché, ad avviso della Corte, alcun comportamento alternativo lecito sarebbe stato in concreto esigibile).

9) Cass., Sez. IV, dep. 12 gennaio 2024, ud. 12 dicembre 2023, n. 1437

Prevenzione degli infortuni sul lavoro

In tema di responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio occorso al proprio dipendente, affinché il fattore di pericolo possa considerarsi adeguatamente valutato non è sufficiente che di esso se ne faccia menzione del documento di valutazione dei rischi (DVR), atteso che l'analisi del rischio deve essere condotta in diretta connessione con il contesto lavorativo e con le mansioni assegnate ai lavoratori. Difatti, alla redazione del DVR deve necessariamente seguire l'adozione delle relative misure di prevenzione, non escludendo la redazione di detto documento la responsabilità del datore ogni qualvolta, per un errore nell'analisi dei rischi o nell'identificazione di misure opportune e adeguate, non siano state predisposte idonee misure di prevenzione in concreto.

10) Cass., Sez. III, dep. 12 gennaio 2024, ud. 20 ottobre 2023, n. 1451

Inquinamento acque - getto pericoloso di cose

Sussiste la penale responsabilità del sindaco di un Comune per la fattispecie di cui all'art. 674 c.p. laddove questi non si sia adoperato al fine di impedire che i reflui provenienti da un impianto di depurazione mal funzionante si riversassero in mare, essendo detto soggetto titolare non solo di attribuzioni dirette tipiche della funzione, ma anche di un generale obbligo di vigilanza e controllo sul corretto esercizio delle attività autorizzate nel territorio.

11) Cass., Sez. V, dep. 12 gennaio 2024, ud. 5 dicembre 2023, n. 1506

Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico



Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 483 c.p., la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 47 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 assolve una specifica funzione probatoria, attestando la stessa «stati, qualità personali o fatti che siano nella diretta conoscenza dell'interessato» che solo quest'ultimo è in grado di documentare; il soggetto qualificato, invero, si limita a prendere cognizione di quanto dichiarato attraverso l'attestazione del privato, tenuto all'obbligo di verità (nel caso di specie, la Cassazione, a seguito dell'impugnazione proposta dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale, ha annullato con rinvio la sentenza resa dalla Corte d'appello, con la quale la Corte territoriale aveva assolto l'imputato dal delitto di cui agli artt. 483 c.p., 47, 76 d.P.R. n. 445 del 2000, contestatogli in quanto lo stesso, durante il *lockdown* disposto in ragione dell'emergenza pandemica da Covid-19, trovandosi fuori dalla propria abitazione in violazione della normativa di riferimento, aveva falsamente autocertificato di essere uscito da casa per esigenze lavorative).

12) Cass., Sez. V, dep. 12 gennaio 2024, ud. 7 dicembre 2023, n. 1511

Bancarotta fraudolenta

Il delitto di cui all'art. 216 r.d. 16 marzo 42, n. 267, con particolare riferimento alla condotta distrattiva, è integrato anche nell'ipotesi di cessione di beni gravati da ipoteca senza corrispettivo in denaro, bensì mediante accollo, da parte del soggetto acquirente, del mutuo concesso per l'acquisto dei medesimi, accollo che non libera il debitore.

13) Cass., Sez. V, dep. 15 gennaio 2024, ud. 5 ottobre 2023, n. 1782

Bancarotta impropria

Il reato di bancarotta fraudolenta impropria ex art. 223, comma 2, n. 2, r.d. 16 marzo 42, n. 267 è configurabile anche nelle ipotesi in cui alla condotta contestata fosse preesistente una causa *ex se* efficiente del dissesto, ovvero l'operazione dolosa abbia provocato solo l'aggravamento di un dissesto già in essere, atteso che la nozione di fallimento deve essere tenuta distinta da quella di dissesto, implicando quest'ultima un fenomeno economico reversibile.

14) Cass., Sez. IV, dep. 17 gennaio 2024, ud. 13 dicembre 2023, n. 1959

Prevenzione degli infortuni sul lavoro

Qualora l'infortunio occorso al lavoratore sia dipeso dalla non conformità dei macchinari o degli impianti utilizzati alla normativa di settore, la responsabilità del datore che abbia provveduto alla loro messa in funzione in difetto di un intervento correttivo non elide la



responsabilità del soggetto che abbia proceduto alla costruzione, installazione, vendita o cessione dei macchinari o impianti medesimi.

15) Cass., Sez. III, dep. 17 gennaio 2024, ud. 14 novembre 2023, n. 2057

Violazioni tributarie

In materia di omesso versamento IVA, è responsabile del reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 il soggetto che, pur subentrando ad altri nella carica di amministratore o liquidatore di una società di capitali in un momento successivo alla presentazione della dichiarazione di imposta ma prima della scadenza del termine previsto per il pagamento, non provvede al versamento di quanto dovuto sulla base della predetta dichiarazione, omettendo il previo controllo contabile sugli ultimi adempimenti fiscali. Ciò in quanto, attraverso una simile condotta, il soggetto agente si espone volontariamente alle conseguenze derivanti da eventuali, pregresse inadempienze.

16) Cass., Sez. VI, dep. 18 gennaio 2024, ud. 16 novembre 2023, n. 2319

Cause di giustificazione - stato di necessità

È configurabile la causa di giustificazione di cui all'art. 54 c.p., interpretato conformemente alla normativa euro-unitaria e, in particolare, alla Direttiva 2011/36/UE, in favore di un soggetto vulnerabile, in quanto vittima di "tratta" e, dunque, in condizioni di asservimento nei confronti di organizzazioni criminali, che abbia commesso un reato dipendente dalla propria situazione (nel caso di specie, illeciti in materia di stupefacenti), qualora l'imputato non abbia avuto possibilità di ricorrere alla protezione dell'Autorità.

17) Cass., Sez. V, dep. 19 gennaio 2024, ud. 4 dicembre 2023, n. 2518

Furto - consumazione e tentativo

Ai fini della distinzione tra furto tentato e furto consumato, è inconferente tanto il criterio temporale, ovvero sia la durata del possesso acquisito, quanto quello spaziale e, cioè, il trasporto della *res* sottratta da un luogo ad un altro; sicché, anche il possesso temporaneo, in assenza di un trasferimento del bene dal luogo dell'impossessamento ad altro, integra il reato.

18) Cass., Sez. II, dep. 30 gennaio 2024, ud. 21 dicembre 2023, n. 3749

Estorsione

Integra il delitto di cui all'art. 629 c.p. la condotta intimidatoria apparentemente legittima, laddove detta condotta sia sorretta non dal fine di esercitare un diritto, bensì dall'intenzione di coartare l'altrui volontà per conseguire utilità estranee al rapporto controverso e, quindi,



non dovute sia nell'*an*, sia nel *quantum*. Il reato di estorsione è, parimenti, configurabile anche nelle ipotesi in cui, pur correlandosi la condotta intimidatoria ad un diritto riconosciuto e tutelato dall'ordinamento, se ne realizzi, suo tramite, un distorto ed abusivo esercizio per il conseguimento di un fine illecito.

19) Cass., Sez. I, dep. 30 gennaio 2024, ud. 24 novembre 2023, n. 3783

Omicidio - aggravante della premeditazione

Sono apprezzabili, in termini di premeditazione di cui all'art. 577, comma 1, n. 3 c.p., elementi quali il preliminare studio delle occasioni e delle opportunità per la realizzazione del delitto, un'adeguata organizzazione di mezzi, nonché la predisposizione delle modalità esecutive; la circostanza aggravante in disamina è, inoltre, configurabile anche in presenza di un modesto arco temporale tra l'insorgenza del proposito criminoso ed il suo compimento, laddove tale arco temporale si sia rivelato sufficiente a far riflettere il soggetto agente sulla deprecabilità della decisione adottata, consentendo allo stesso di desistere dall'azione criminosa.

20) Cass., Sez. VI, dep. 30 gennaio 2024, ud. 13 dicembre 2023, n. 4000

Maltrattamenti contro familiari e conviventi

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 572 c.p., la gelosia del soggetto agente, indipendentemente dall'eventuale sussistenza di motivi per nutrire siffatto sentimento, non è idonea ad elidere il dolo tipico di detto delitto, ogni qualvolta tale stato d'animo si accompagni a condotte assillanti e ossessive, tali da influire in maniera significativa sulla vita della persona offesa, provocandone condizionamenti e costrizioni intollerabili, da valutarsi secondo canoni oggettivi e in disparte dal grado di sopportazione e resistenza della vittima.

21) Cass., Sez. II, dep. 2 febbraio 2024, ud. 15 gennaio 2024, n. 4781

Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto

Ai fini del riconoscimento della speciale causa di non punibilità per tenuità dell'offesa, gli elementi di cui al comma 1 dell'art. 131-bis c.p. sono cumulativi quanto al giudizio finale di speciale tenuità, laddove, invece, i medesimi criteri sono alternativi quanto al diniego, nel senso che l'operatività di detta causa di non punibilità è esclusa in caso di valutazione negativa anche di uno solo di essi.

22) Cass., Sez. I, dep. 2 febbraio 2024, ud. 16 novembre 2023, n. 4858

Concorso di persone nel reato



L'espressa adesione del correo alla realizzazione di un reato mediante il concordato utilizzo di armi da sparo implica il consenso di questi all'uso dell'arma da parte dell'autore materiale. È, pertanto, configurabile un concorso ordinario *ex art. 110 c.p.* e non già un concorso c.d. "anomalo" ai sensi del successivo *art. 116 c.p.* in relazione all'evento lesivo concretamente verificatosi, rappresentando detto evento un prevedibile sviluppo dell'azione criminosa, quandanche riconducibile alla scelta esecutiva dell'esecutore materiale in base alla valutazione della situazione di fatto.

23) Cass., Sez. III, dep. 6 febbraio 2024, ud. 29 novembre 2023, n. 5157

Maltrattamenti in famiglia - violenza sessuale

In tema di violenza sessuale consumata in un contesto di maltrattamenti familiari, il mancato dissenso espresso ai rapporti sessuali con il proprio *partner* non ha efficacia esimente, laddove la persona offesa abbia subito tali rapporti in ragione delle violenze e delle minacce perpetrate nei suoi confronti, dovendosi, in tali casi, difatti, ritenere la capacità di reazione della vittima compromessa dal timore di ulteriori e più gravi conseguenze pregiudizievoli.

24) Cass., Sez. III, dep. 15 febbraio 2024, ud. 13 dicembre 2023, n. 6832

Attività di gestione dei rifiuti non autorizzata

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'*art. 256 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, per rifiuti liquidi si intendono quelli generati da uno scarico qualificato come indiretto, ovvero sia uno scarico che prevede un'interruzione del flusso del liquido tra il momento della sua produzione e quello dello sversamento nel corpo recettore. Sicché, i reflui stoccati in attesa di successivo smaltimento, come i liquami contenuti in pozzi neri, vasche Imhof e bagni mobili, debbono essere considerati rifiuti liquidi di acque reflue e come tali, soggetti alla disciplina prevista dalla parte quarta del *d.lgs. n. 152/2006* e alla disposizione sopra richiamata.

25) Cass., Sez. IV, dep. 19 febbraio 2024, ud. 23 gennaio 2024, n. 7211

Inottemperanza all'obbligo di fermarsi e prestare soccorso a seguito di sinistro stradale - circostanza attenuante dell'integrale riparazione del danno

Nelle ipotesi di cui all'*art. 189, commi 6 e 7, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285* (violazione degli obblighi di fermarsi e di prestare soccorso alle persone ferite, in seguito alla causazione di un sinistro stradale), non può trovare applicazione la circostanza attenuante dell'intervenuto risarcimento del danno prevista dall'*art. 62 n. 6 c.p.*, atteso che detta fattispecie incriminatrice disciplina un reato istantaneo di pericolo, volta a tutelare non già l'integrità del singolo, quanto piuttosto la solidarietà sociale.



26) Cass., Sez. V, dep. 20 febbraio 2024, ud. 19 gennaio 2024, n. 7470

Cognizione, interruzione o impedimento illeciti di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche

In tema di captazione fraudolenta da parte di un genitore del contenuto di conversazioni telefoniche tra i figli minori e l'altro genitore non opera la causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. ogniqualvolta il diritto/dovere di vigilanza sulle comunicazioni del minore, che può legittimare l'intromissione nella sfera di riservatezza del soggetto solo in casi di reale necessità, viene esercitato al di fuori del perseguimento delle finalità per cui detto potere è attribuito.

27) Cass., Sez. III, dep. 21 febbraio 2024, ud. 11 gennaio 2024, n. 7538

Reati paesaggistici

In tema di reati paesaggistici, la riconducibilità dell'intervento realizzato in area sottoposta a vincolo paesaggistico nell'alveo di quelli non soggetti ad autorizzazione di cui all'allegato A al d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31, o di quelli di lieve entità sottoposti a procedimento autorizzatorio semplificato, di cui all'allegato B del medesimo decreto, richiede un'interpretazione finalistica delle disposizioni regolamentari, volta a consentire l'applicazione delle disposizioni derogatorie ai soli interventi di lieve entità, intendendosi tali quelli che, per tipologia, caratteristiche e contesto in cui si inseriscono, non sono idonei a pregiudicare i valori paesaggistici presidiati dal vincolo.

28) Cass., Sez. Un., dep. 23 febbraio 2024, ud. 26 ottobre 2023, n. 8052

Confisca c.d. "allargata"

Il divieto di cui all'art. 240-*bis* c.p., introdotto dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161, di giustificare la legittima provenienza dei beni oggetto della confisca c.d. "allargata" o del sequestro ad essa finalizzato, documentando che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, si applica anche ai beni acquistati prima della sua entrata in vigore, fatta eccezione per quelli acquisiti nel periodo tra il 29 maggio 2014 (data della sentenza delle Sezioni Unite n. 33451, "Repaci") ed il 19 novembre 2017 (data dell'entrata in vigore della l. n. 161/2017). Ciò in quanto, attesa anche l'autorevolezza del precedente giudiziario, nel periodo intercorrente tra la sentenza "Repaci" e l'entrata in vigore del divieto di cui all'art. 240-*bis* c.p., il soggetto attinto dal provvedimento ablatorio poteva fare un ragionevole affidamento in ordine alla possibilità di difendersi documentando l'acquisto dei beni oggetto della misura con redditi leciti ma non dichiarati, al fine di superare la presunzione della loro illegittima accumulazione.

29) Cass., Sez. VI, dep. 23 febbraio 2024, ud. 14 febbraio 2024, n. 8114



Casi di non punibilità di cui all'art. 384 c.p.

La causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. opera anche in favore del soggetto che abbia realizzato uno dei reati indicati nella predetta disposizione al fine di «salvare» il convivente *more uxorio* «da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore»; trattandosi di un'esimente soggettiva che investe il profilo della colpevolezza, deve escludersi la valenza eccezionale della medesima, con la conseguenza che essa può applicarsi, in via analogica, anche alle coppie di fatto.

30) Cass., Sez. II, dep. 27 febbraio 2024, ud. 4 febbraio 2024, n. 8328

Estorsione - circostanze aggravanti del "metodo mafioso" e dell'appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso

Con riferimento alla fattispecie di estorsione, è configurabile il concorso tra l'aggravante del metodo mafioso di cui all'art. 416-bis.1 c.p. e quella di cui all'art. 628, comma 3, n. 3 c.p. (violenza o minaccia posta in essere da soggetto appartenente ad un'associazione mafiosa); ciò in quanto, mentre la prima circostanza aggravante attiene ad una condotta realizzata avvalendosi di modalità "di tipo mafioso", non richiedendosi che il soggetto agente appartenga effettivamente ad un sodalizio criminoso, quella *ex art.* 628, comma 3, n. 3 c.p. sottende, invece, necessariamente un comportamento (violento o intimidatorio) consumato da chi è inserito nel contesto di un'associazione mafiosa, indipendentemente dal fatto che la violenza o la minaccia siano state perpetrate ricorrendo alla forza intimidatrice derivante dall'appartenenza al sodalizio medesimo.

31) Cass., Sez. III, dep. 6 marzo 2024, ud. 19 gennaio 2024, n. 9461

Abbandono di rifiuti

In tema di abbandono di rifiuti di cui all'art. 255 d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, la circostanza che i soggetti destinatari dell'ordinanza di rimozione non abbiano la diretta disponibilità dell'area su cui intervenire non esclude la configurabilità del reato. Così, ad esempio, il fatto che i rifiuti si trovino in stato di abbandono all'interno di un'area sottoposta a sequestro giudiziario non ha alcuna efficacia esimente per inesigibilità della condotta, atteso che, in tale ipotesi, il destinatario dell'ordinanza sindacale è tenuto a richiedere all'autorità giudiziaria l'autorizzazione ad accedere ai luoghi per provvedere alla rimozione.

32) Cass., Sez. III, dep. 6 marzo 2024, ud. 24 gennaio 2024, n. 9464

Stupefacenti



Non è configurabile la circostanza attenuante di cui al comma 7 dell'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 nelle ipotesi in cui la "collaborazione" da parte del soggetto agente, anziché condurre alla concreta interruzione del circuito di distribuzione dello stupefacente, si limiti a rafforzare un quadro probatorio già delineato, ovvero a far conseguire con anticipo risultati di attività investigativa già in essere in quella direzione.

33) Cass., Sez. VI, dep. 7 marzo 2024, ud. 22 febbraio 2024, n. 9851

False dichiarazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria

Il delitto di cui all'art. 374-*bis* c.p. si configura, di norma, nelle ipotesi in cui la dichiarazione mendace è compendiata in un documento ideologicamente o materialmente falso. Laddove, poi, il documento prodotto innanzi all'Autorità rappresenti il mero veicolo della dichiarazione ideologicamente difforme, il reato è configurabile anche qualora il documento medesimo, sebbene autentico al momento della sua creazione, al momento del suo utilizzo e nella consapevolezza del soggetto agente abbia cessato di attestare una situazione rispondente a verità.

34) Cass., Sez. III, dep. 20 marzo 2024, ud. 29 febbraio 2024, n. 11592

Atti osceni

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 527, comma 2 c.p., con l'espressione "luogo abitualmente frequentato da minori" deve intendersi un luogo nel quale, in base ad una attendibile valutazione statistica, la presenza di più soggetti minori di età ha carattere elettivo e sistematico. Non solo, dunque, luoghi riconoscibili come tali per vocazione, ma anche luoghi che risultano di volta in volta scelti da minori come punto abituale di incontro o di socializzazione, trattenendovisi per un tempo non trascurabile.

35) Cass., Sez. III, 6 marzo 2024, dep. 22 marzo 2024, n. 11999

Reati edilizi

La realizzazione di un campo di *padel* costituisce un intervento che, comportando l'installazione di carpenteria e lastre di vetro perimetrali, incide sul territorio modificandolo e, pertanto, rientra nell'alveo degli "interventi di nuova costruzione", come tale soggetto al permesso di costruire. Il titolo abilitativo, infatti, è necessario non solo per le attività di edificazione in senso stretto, ma anche per interventi che impattano sul territorio ove insistono, modificando in modo permanente la conformazione del suolo, per adattarlo ad un impiego diverso da quello che gli è proprio in relazione alla sua condizione naturale ed alla sua qualificazione giuridica.

36) Cass., Sez. V, dep. 28 marzo 2024, ud. 23 febbraio 2024, n. 13016



Falso in attestazioni e relazioni

L'art. 342 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza) non ha determinato un effetto parzialmente abrogativo della fattispecie di cui all'art. 236-bis r.d. 16 marzo 42, n. 267, essendosi il legislatore delegato limitato a riformulare la norma incriminatrice con l'inserimento di un inciso («in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati») che rende evidente la non applicabilità della disposizione alla valutazione prognostica del professionista, *stricto sensu* intesa. La nuova disposizione, infatti, non esclude la penale rilevanza delle attività del professionista relative alla correttezza e alla completezza della base informativa, nonché alla correttezza dei metodi e dei criteri valutativi impiegati per effettuare la valutazione prognostica circa la "fattibilità" economica del piano.

2. Il repertorio delle sentenze della Corte costituzionale.

1) Corte cost., dep. 26/02/2024, ud. 16 novembre 2023, n. 25

Pene sostitutive - "riforma Cartabia" - obbligo di verifica preliminare della possibilità di operare una interpretazione costituzionalmente orientata della norma indubbiata.

Vanno dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 95 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 nella parte in cui tale disposizione non consente di presentare al giudice dell'esecuzione, entro trenta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza, istanza di applicazione di una delle pene sostitutive delle pene detentive brevi ai soggetti condannati a pena detentiva non superiore a quattro anni nei confronti dei quali, al momento dell'entrata in vigore del succitato decreto, pendeva in appello il termine per il deposito della sentenza. Occorre tener conto degli orientamenti Cassazione sull'interpretazione della citata disposizione, idonei a neutralizzare la necessità di pervenire alla declaratoria di illegittimità costituzionale mediante ricorso ad una sentenza additiva.

2) Corte cost., dep. 27 febbraio 2024, ud. 6 febbraio 2024, n. 28

Invasione di terreni o edifici - occupazione a scopo abitativo di immobili in stato di abbandono

Vanno dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 633 c.p. nella parte in cui la fattispecie trova applicazione anche all'invasione a scopo abitativo di edifici da più anni in stato di abbandono. *Ratio* della norma censurata è quella di sanzionare lo spoglio funzionale che comprime il diritto di godimento e di disposizione del bene spettante a chi sia ad esso collegato da una relazione tutelata dall'ordinamento giuridico; dallo stato di abbandono, allora, non deriva un automatico effetto estintivo né dello *ius excludendi alios*



riservato al titolare della situazione di attribuzione del bene, né, pertanto, della pretesa punitiva rivolta alla tutela di quel diritto.

3) Corte cost., dep. 21 marzo 2024, ud. 21 febbraio 2024, n. 45

Condotte riparatorie - giudice di pace - estinzione del reato

È illegittimo l'art. 35, comma 1, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, nella parte in cui prevede che le condotte riparatorie che determinano l'estinzione del reato debbano essere realizzate prima dell'udienza di comparizione, anziché prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, in quanto tale previsione determina una disparità di trattamento tra gli imputati dinanzi al giudice di pace e quelli davanti al giudice ordinario.

4) Corte cost., dep. 22 marzo 2024, ud. 21 febbraio 2024, n. 46

Appropriazione indebita - pena edittale

L'art. 646, comma 1, c.p., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. u), l. 9 gennaio 2019, n. 3, è costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevede la pena della reclusione "da due a cinque anni" anziché "fino a cinque anni". Ciò in quanto, pur godendo il legislatore gode di ampia discrezionalità nella determinazione delle pene edittali connesse alle singole fattispecie incriminatrici, la mancanza di una plausibile giustificazione di un così rilevante inasprimento della pena per tutti i fatti di appropriazione indebita - con la conseguente compressione assai più gravosa della libertà personale per i destinatari del precetto penale rispetto alla situazione preesistente - da un lato, e l'irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio, generata dall'attuale disciplina, tra l'appropriazione indebita ed altre fattispecie di reato, come il furto o la truffa, che producano il medesimo danno patrimoniale alla persona offesa, dall'altro, rendono costituzionalmente illegittima la norma censurata con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

5) Corte cost., dep. 25 marzo 2024, ud. 6 marzo 2024, n. 48

Illeciti colposi - procedibilità d'ufficio

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine all'art. 529 c.p.p., nella parte in cui tale disposizione non consente al giudice di pronunciare sentenza di proscioglimento in relazione all'omicidio colposo realizzato dall'imputato ai danni di un prossimo congiunto, anche laddove il reo abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso.

6) Corte cost., dep. 28 marzo 2024, ud. 6 marzo 2024, n. 51



Automatismi sanzionatori - magistratura

È illegittima la previsione di cui all'art. 12, comma 5, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, recante la disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, nella parte in cui determina automatismi sanzionatori correlati ad una sentenza di condanna. La condanna penale di un funzionario pubblico o di un professionista non può, da sola, determinare la sua automatica espulsione dal servizio o dall'albo professionale. La norma indubbiata ricollega la sanzione della rimozione alla condanna per qualsiasi reato, purché la pena inflitta dal giudice penale superi una certa soglia quantitativa, finendo così per spogliare il CSM di ogni margine di apprezzamento sulla sanzione da applicare nel caso specifico.

4. Le novità normative.

- **Decreto legislativo 30 dicembre 2023**, pubblicato in GURI - serie generale n. 2 del 3 gennaio 2024, recante **“Disposizioni in materia di adempimento collaborativo”**, che ha previsto la non punibilità delle condotte riconducibili alla dichiarazione infedele *ex art. 4 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, dipendenti da rischi di natura fiscale relativi a elementi attivi, comunicati in modo tempestivo ed esauriente all'Agenzia delle entrate.

- **Legge 22 gennaio 2024, n. 6**, recante **“Disposizioni sanzionatorie in materia di distruzione, dispersione, deterioramento, deturpamento, imbrattamento e uso illecito di beni culturali o paesaggistici e modifiche agli articoli 518-*duodecies*, 635 e 639 del codice penale”**, che, in particolare, ha introdotto al comma 3 dell'art. 635 c.p. anche la pena della multa, mentre all'art. 639 c.p., oltre ad un inasprimento sanzionatorio per le condotte di cui al comma 1, ha inserito ulteriori circostanze aggravanti (commi 2 e 4).

- **Legge 23 febbraio 2024, n. 18** - di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, recante **“Disposizioni urgenti in materia di termini normativi”**. La legge ha introdotto, all'art. 4 d.l. n. 215/2023 il comma 8-*septies*, ai sensi del quale «la limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave prevista, per la durata dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dall'articolo 3-bis del decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, si applica altresì ai fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale commessi fino al 31 dicembre 2024 nell'esercizio di una professione sanitaria in situazioni di grave carenza di personale sanitario».

- **Decreto legge 2 marzo 2024, n. 19** (in corso di conversione), recante **“Ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)”**, che all'art. 512-*bis* c.p. (trasferimento fraudolento di valori) ha inserito il comma 2, estendendo la punibilità anche alla condotta di chi «al fine di eludere le disposizioni in materia di documentazione antimafia, attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità di imprese, quote societarie o azioni ovvero di cariche sociali, qualora l'imprenditore o la società partecipi a procedure di aggiudicazione o di esecuzione di appalti o di concessioni».



- Legge 4 marzo 2024, n. 25, recante “**Modifiche agli articoli 61, 336 e 341-bis del codice penale e altre disposizioni per la tutela della sicurezza del personale scolastico**”, che ha introdotto un inasprimento sanzionatorio laddove le condotte di cui agli artt. 336 e 341-bis c.p. siano realizzate «dal genitore esercente la responsabilità genitoriale o dal tutore dell’alunno nei confronti di un dirigente scolastico o di un membro del personale docente, educativo, amministrativo, tecnico o ausiliario della scuola». La legge ha, inoltre, inserito all’art. 61 c.p. il numero 11-*novies*, che prevede quale circostanza aggravante comune «l’aver agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno di un dirigente scolastico o di un membro del personale docente, educativo, amministrativo, tecnico o ausiliario della scuola, a causa o nell’esercizio delle loro funzioni».



PARTICIPATORY DEMOCRACY, NEW TECHNOLOGIES AND WEBPOLITICS: POLITICAL PARTIES AND CULTURE AS TOOLS TO CIRCUMVENT DEMOCRATIC DECAY

Nicoletta Laurenti Collino *

Titolo: Democrazia partecipativa, nuove tecnologie e webpolitica: partiti politici e cultura come strumenti per aggirare il declino della democrazia

Abstract [It.]: La proliferazione del web e dei social media, in concomitanza con lo sviluppo di movimenti populistici, sta creando nuove forme di democrazia partecipativa non necessariamente aderenti ai propri valori. È fondamentale indagare le ragioni politiche e sociologiche che stanno determinando queste circostanze; occorre ricercare soluzioni giuridiche e culturali per preservare l'ordine democratico e, quindi, arginare il processo di declino.

Abstract [En.]: *The proliferation of the web and social media, in conjunction with the development of populist movements, is creating new forms of participatory democracy which does not necessarily adhere to its own values. It is essential to investigate the political and sociological reasons which are causing this state of affairs; legal and cultural solutions should be sought out to preserve the democratic order and, therefore, stem any decay process.*

Parole chiave: Populismo, Democrazia partecipativa, Webpolitica, Azioni di nudging e boosting, Partecipazione all'educazione

Keywords: *Populism, Participatory Democracy, Webpolitics, Nudging and Boosting Actions, Participation in Education*

SOMMARIO: 1. Webpolitics and Its New Controversial Forms of Participation: Juridical and Social Problems. - 2. Populism, Participatory Democracy and Constitutional Change: Towards the End of Democracy. - 3. A First Conclusion: Democratic Schemes within the Party System as Juridical Tools to Preserve the Democratic Order. - 4. Political Communication and Disinformation in the Social Media Era: A Social Reason of Democratic Erosion. - 5. Culture as



a Very Revolutionary Tool: Behavioural Research and Some Correctives to Ignorance. - 6.
Participation in Education: The Core of a New Political System.

1. Webpolitics and Its New Controversial Forms of Participation: Juridical and Social Problems

Participatory governance constitutes a normatively attractive ideal. The great challenge of modern politics is to avoid the deviant forms which in recent decades have ended up corroding the democratic system of representation even in consolidated democracies¹.

Deliberative democracy implies - according to a republican reading - the centrality of contestability and, therefore, collective rationality as significant elements for resorting to procedures of direct democracy, when possible, or, otherwise, for appealing to the representative system². This means that, even though the representative system does coexist with the participatory method, following this vision, the first needs to act in place of the second only if strictly necessary³.

The main problem is that the spread of the web⁴ and social media, in conjunction with the development of populist movements, is creating new kinds of participatory democracy,

1 Postdoctoral MBA student at the MIB Trieste-University of Trieste

R. SCHMALZ-BRUNS, *The Normativity of Participatory Governance*, in H. HEINELT (ed.), *Handbook on Participatory Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 17-32.

2 There is an internal connection between democratic legitimacy and public deliberation: this legitimizing function ought to derive from a decision-making process, which is the result of a participatory discussion, that ends in a public deliberation. Cf. C. LAFONT, *Deliberation, Participation, and Democratic Legitimacy: Should Deliberative Mini-publics Shape Public Policy?*, in *Journal of Political Philosophy*, vol. 23, n. 1, 2015, pp. 40-63, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/jopp.12031>. About participatory governance and deliberative democracy, see G. BRENNAN, *Collective Coherence?*, in *International Review of Law and Economics*, vol. 21, n. 2, 2001, pp. 197-211, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0144818801000564>; B.G. PETERS, *Governance as Political Theory*, in *Critical Policy Studies* vol. 5, n. 1, 2011, pp. 63-72, at 71, <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/19460171.2011.555683>; P. PETTIT, *Deliberative Democracy, the Discursive Dilemma, and Republican Theory*, in J.S. FISHKIN and P. LASLETT (eds.), *Debating Deliberative Democracy*, Blackwell Publishing, MA (USA)-Oxford (UK)-Victoria (Australia), 2003, pp. 138-162, at 159; R. SCHMALZ-BRUNS, *The Normativity of Participatory Governance*, *op. cit.*, pp. 17-32; C.R. SUNSTEIN, *The Law of Group Polarization*, in J.S. FISHKIN and P. LASLETT (eds.), *Debating Deliberative Democracy*, Blackwell Publishing, MA (USA)-Oxford (UK)-Victoria (Australia), 2003, pp. 80-101.

3 R. SCHMALZ-BRUNS, *The Normativity of Participatory Governance*, *op. cit.*, pp. 17-32.

4 A clarification: the words "internet" and "web" are often used in common language as synonyms, but, in reality, "internet" is the technological infrastructure through which data is transferred, while "web" is one of the services that internet offers. Internet and, in particular, the innovations introduced by web 2.0 constitute the technical prerequisite that allows the use of social media, that is, those digital environments useful for the creation and dissemination of participatory communication flows.



whose adherence to its own values is controversial. On the basis of this assumption, it is fundamental to investigate the profound political and sociological reasons which are causing these negative changes to constitutional systems.

Populistic webpolitics substitutes the dynamics of constructive confrontation with a “formulated and generalized will”, as a person interested in certain topics is identified beforehand and is offered messages, which he or she is probably highly susceptible to, thereby avoiding the transmission of complete and comprehensive information⁵: consequently, citizens are not stimulated in investing time in understanding the multiple facets of different points of view and, therefore, a sort of rational ignorance develops⁶.

Populism, authoritarian governments, coups, combined with the use of technology, are some of the reasons that are causing the death of democracy: democracy must be taken care of, otherwise its time will pass. Juridico-political systems are being subjected to a slow and constant process of erosion, deriving from the gradual emptying of their democratic elements⁷.

In a generalized climate of distrust towards an order of politics in which traditional political parties are frequently involved in investigations about, for example, political corruption, isolated and narcissistic leaders prevail⁸; they are elected following processes of identification

5 On the lack of awareness of the electorate, cf. L.M. BARTELS, *The Irrational Electorate*, in *The Wilson Quarterly*, vol. 32, n. 4, 2008, pp. 44-50, http://archive.wilsonquarterly.com/sites/default/files/articles/WQ_VOL32_A_2008_Article_05_1.pdf; B. CAPLAN, *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies*, Princeton University Press, Princeton, 2008; M.X. DELLI CARPINI and S. KEETER, *What Americans Know About Politics and Why it Matters*, Yale University Press, New Haven, 1996; I. SOMIN, *Democracy and Political Ignorance: Why Smaller Government Is Smarter*, Stanford University Press, Redwood City, 2013.

6 A. DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*, Harper and Row, New York, 1957; S. LINARES LEJARRAGA, *Democracy, Epistemic Value, and Political Equality: A New Model of Epistemic Participatory Democracy*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, vol. 19, n. 2, 2017, pp. 247-283, https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/14815/1/EP_14_LEJARRAGA.pdf.

7 D. RUCIMAN, *How Democracy Ends*, Basic Books, New York, 2018.

8 D. CAMPUS, *Lo stile del leader: decidere e comunicare nelle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 2016.



instead of legitimation of rational-legal character⁹. A vote destined for a currently charismatic party prevails over a vote based on a valid principle of justification¹⁰.

The transition from representation to identification is the result of rampant anti-parliamentarism¹¹, as well as the direct consequence of the scarce attention paid to the constitutional function of parties and to the close relationship that binds the party system and the form of government¹².

In this context, political parties are reduced to “personal” parties, recognized only through the figure of their leaders¹³. Populistic leaders put themselves on the periphery of mainstream parties and, when these are in crisis, they induce a failure in the system of institutional representation¹⁴.

In current deviant forms of participatory democracy¹⁵, the electoral debate - far from being free - turns out to be nothing more than a show, controlled by experts in persuasion techniques,

9 The representatives of political change and the language they use is also altered: the words aim to strike at the voter’s instinct, provoking emotions. The written speeches of politicians are full of emoticons (word composed by emotion and icon) and emojis (from a Japanese word composed of three ideograms which respectively mean image, writing and character). In the language of politics, storytelling is another element used prolifically, in order to communicate and persuade. Memories that are inherent in the personal and cultural background of citizens are recalled, arousing latent emotions. See G. ANTONELLI, *Volgare eloquenza: come le parole hanno paralizzato la politica*, Laterza, Bari, 2017, pp. 5-7; C. MORONI, *Le storie della politica: perché lo storytelling politico può funzionare*, FrancoAngeli, Milano, 2017, pp. 9-11.

10 L. VIOLANTE, *Società civile e istituzioni: il ruolo della classe dirigente*, in *Nomos: Le Attualità del Diritto*, n. 1, 2018, pp. 1-10, at 2-3, <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/05/Violante-1.pdf>.

11 T.E. FROSINI, *Anatomia e anomalia di un governo tecnico*, in *Ianus: Diritto e Finanza*, n. 7, 2012, pp. 267-278, at 277-278, https://www.rivistaianus.it/numero_07/Ianus_7-2012.pdf.

12 On these topics, see N. LAURENTI COLLINO, *La webpolitica: la democraticità delle nuove forme di democrazia partecipativa*, in *Nomos: Le Attualità del Diritto*, n. 1, 2020, pp. 1-32, <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/06/Collino-1-2020-D-rev..pdf>.

13 S. BUDELLI, *Populismo nell'e-democracy*, in R. CHIARELLI (a cura di), *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015, pp. 367-386, at 378.

14 See K.A. HAWKINS, M. READ and T. PAUWELS, *Populism and Its Causes*, in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 267-286, at 271-272. Reflections on this point are also expressed by S. Curreri, cf. S. CURRERI, *Editoriale*, in *Diritto Costituzionale*, vol. 2, n. 3, 2019, pp. 5-14, <https://www.francoangeli.it/rivista/getArticoloFree/64901/It>.

15 Participatory democracy could have a great number of positive sides, if it was not exercised in a distorted way. On the subject of constitutional instruments of participatory democracy and new developments in democratic quality, cf. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze, 2010, pp. 5-45; T. BUSTAMANTE and B. GONÇALVES FERNANDES (eds.), *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, Springer, Berlin, 2016; A. FEBBRAJO, *Constitutionalism and Legal*



and this spectacle deals only with a small number of questions selected by these groups of experts. Unilateral ideas find place in the virtual platforms and, consequently, there is no space for an open debate.

Populistic movements create leaders and generate plebiscitary channels, which allude to giving voice to the plurality of interests of modern society¹⁶.

These actions of the populists must be fought by making the effort, on the one hand, to protect democratic procedures inside party systems and by turning the web, on the other, into a great engine of equality, trying to overcome disparities, which divide people between those who are able to understand and those who, due to economic and cultural factors, are subjected to being easily deceived. The idea is to fight the many faces of populism, which are infesting democracies, both by corroding the traditional representative mechanisms and by abusing the new forms of participation¹⁷.

This means that there are two types of political problems, one has a juridical profile and the other one has a social character. The juridical problems are related to populistic issues, namely leaderism and the diffusion of new types of political parties, which provoke imbalances in a constitutional system and consequently in democracy. The social problems are linked primarily to a state of dissatisfaction of the people and subsequently to the possibility to express this sentiment with new media, taking part in populistic anti-establishment movements, which try to set aside representational corps, substituting them with a disintermediated democracy, subject to frequent abuses. Legal and cultural solutions should be sought out, in order to preserve the democratic system and therefore stem any process of decadence.

In particular, the main purposes of this article are: to propose a system in which the guarantees provided by intermediate bodies (understood both as political parties with a democratic structure and as means of diffusion of impartial news) are ensured and in which

Pluralism, in A. FEBBRAJO and G. CORSI (eds.), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Routledge, London-New York, 2016, pp. 68-69; G. MORO, *Cittadinanza attiva e qualità della democrazia*, Carocci Editore, Roma, 2015; O. POLLICINO, entry *Potere digitale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. V: *Potere e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 410-446; A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell'epoca delle fragilità*, in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 3-66.

¹⁶ K.M. ROBERTS, *Populism and Political Parties*, in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 287-304, at 287-288 and 300.

¹⁷ In this way, the relationship between citizens and politics has loosened, being replaced by a generalized anger and a growing distrust; the so-called "moral question" has therefore become the main political question. Cf. C. SECCI, *A Modern Political Education: Nonviolent Perspectives*, in *Polis*, vol. 4, n. 3 (13), 2016, pp. 77-91, at 78, [http://revistapolis.ro/documente/revista/2016/Numarul_3\(13\)2016/editorial/06_Claudia_SECCI.pdf](http://revistapolis.ro/documente/revista/2016/Numarul_3(13)2016/editorial/06_Claudia_SECCI.pdf).



people are aware and capable of judging the reality that surrounds them. As far as this last point is concerned, perhaps the first concrete action could be to set up a sort of “school of democracy” for new generations: the average citizen must develop a critical conscience, that allows him or her to circumvent any populist mental manipulation, to which they might be subjected to by the political-media system on a daily basis.

Social and political institutions in contemporary democratic societies should take on the task of adopting participatory government processes, implementing civic education programs and investing in public culture¹⁸. This would enable more participation in education, providing each individual with cultural armor against the pitfalls of populism.

2. Populism, Participatory Democracy and Constitutional Change: Towards the End of Democracy

There is an evident connection among populism, participatory democracy and constitutional change. Populism causes constitutional disorders, fragmenting the old institutional framework and creating political programs based on demolitions of the traditional party system and on the development of questionable forms of participatory democracy. Hiding its real intent (that is the consolidation of power), populism describes itself as the expression of a new participatory-democratic constitutional order. “Appealing to the people, identifying with the people and purporting to speak in their name” is the “master frame” that underpins and constitutes populist discourse¹⁹.

18 See, in particular, C.F. ZURN, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. More in general, on these themes, cf. B.J. BARBER, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*, University of California Press, Berkeley, 1984; J. BOHMAN, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1996; J. COHEN, *An Epistemic Conception of Democracy*, in *Ethics*, vol. 97, n. 1, 1986, pp. 26-38, <https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.1086/292815>; J. COHEN, *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, in S. BENHABIB (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, Princeton, 1996, pp. 95-119; J.S. DRYZEK, *Discursive Democracy: Politics, Policy and Political Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; J.S. FISHKIN, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, Yale University Press, New Haven, 1992; A. GUTMANN and D.F. THOMPSON, *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press, Cambridge, 1996; J.J. MANSBRIDGE, *Beyond Adversary Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1983; S. MCKAY and M.E. WARREN, *Democratizing Participatory Governance Through Countervailing Power*, in H. HEINELT (ed.), *Handbook on Participatory Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 77-93.

19 D. LANDAU, *Populist Constitutions*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, n. 2, 2018, pp. 521-543, <https://chicagounbound.uchicago.edu/ucdrev/vol85/iss2/3/>.



Populism involves an opposition between “the people” and “the elite”, and replaces the clashes between socialism and capitalism and between proletariat and bourgeoisie²⁰; populist politics claims to be the voice of “the people”, that is of the general will or - as it is better known - the *volonté générale*²¹.

Purity and authenticity are characteristics of “the people” and they are directly related to morality²²: any person who does what is right for “the people” is a person who acts “well”; this point of view is a consequence of considering “the people” as a homogeneous category with a general will, based on common sense and interpreted as the result of the honest and logical priorities of “the common people”, in opposition to “the special interests” of the elite²³.

20 Moreover, Left/Right dynamics are no longer representing the political divisions of the new globalized order, which divides the world into binary poles, namely the global axis and the local one. The traditional class divisions, which used to be represented by defined Left/Right politics, have been substituted by economies that oppose a tiny globalized elite to a large and locally bound precariat. These two categories have different political interests, values and horizons, that are taking the place of those which divided the positions of traditional parties: cosmopolitans and nationalists, globalists and localists are both present within the mainstream parties of Left and Right. In this new framework the majority belongs to the closed category, that wants to save the Nation from the prevarication of foreign economic interests and from the “danger” of immigrants: the results of this kind of populist vision are autocracy and sovereignty. Cf. K.L. SCHEPPELE, *The Party’s Over*, in M.A. GRABER, S. LEVINSON and M. TUSHNET (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, OCW, Oxford, 2018, pp. 495-514.

21 P. OSTIGUY, *Populism: A Socio-Cultural Approach*, in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 73-97, at 73-74.

22 The choice of a moral issue implies that millionaires can also be esteemed as authentic representatives of “the people”. This highlights one of the smart moves of populists: it should not be a surprise that they are often impeached for their opportunistic behaviour. Populism means ambivalence: Paul Taggart and Michael James Lee compare populism to a chameleon, that changes colours with the political wind. Cf. M.J. LEE, *The Populist Chameleon: The People’s Party, Huey Long, George Wallace, and the Populist Argumentative Frame*, in *Quarterly Journal of Speech*, vol. 92, n. 4, 2006, pp. 335-378, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00335630601080385?scroll=top&needAccess=true&role=tab&aria-labelledby=full-article>; P.A. TAGGART, *Populism*, Open University Press, Buckingham, 2000. On the same theme, see C. MUDDE, *Populism: An Ideational Approach*, in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 27-47; K. WEYLAND, *Populism: A Political-Strategic Approach*, in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 48-72, at 48.

23 C. MUDDE, *Populism: An Ideational Approach*, *op. cit.*, pp. 27-47; M. RIDGE, *The Populist as a Social Critic*, in *Minnesota History*, vol. 43, n. 8, 1973, pp. 297-302, https://storage.googleapis.com/mnhs-org-support/mn_history_articles/43/v43i08p297-302.pdf.



The problem is that “the people” is an entity that actually does not exist and this leads to the so-called “empty heart” of populism²⁴. The populist perception of “the people” is usually related to the self-perception of “the people”: for example, no Western European would describe “the people” as Islamic. This assumption entails that to create an identity of “the people” it is necessary to mix the moral issues of populism with one or more ideologies, giving life to a social populism²⁵, if the concentration is directed to reasons of class, as well as to a national populism²⁶, if the focus is on the concept of “Nation”. The idea of populism appears to be vague, but, in line with Giovanni Sartori’s thought²⁷, the most effective definition is expressed in terms of “either-or”, using the opposition populism-elitism: what is populism cannot be elitism and vice versa.

This is why the *Oxford Advanced American Dictionary* defines *Populism* as «a type of politics that claims to represent the opinions and wishes of ordinary people»²⁸. “Ordinary people” are immediately opposed to the established political elite. Individuals are more and more attracted by populism because of the necessity of attention to their daily needs, that seems to be realized

24 P.A. TAGGARD, *Populism and Representative Politics in Contemporary Europe*, in *Journal of Political Ideologies*, vol. 9, n. 3, 2004, pp. 269-288, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1356931042000263528?scroll=top&needAccess=true>.

25 L. MARCH, *Radical Left Parties in Europe*, Routledge, London, 2011. For the concept of “socialism”, cf. K. MARX and F. ENGELS, *Manifest der Kommunistischen Partei*, Bildungs-Gesellschaft für Arbeiter, London, 1848.

26 P.-A. TAGUIEFF, *Political Science Confronts Populism: From a Conceptual Mirage to a Real Problem*, in *Telos*, n. 103, 1995, pp. 9-43, <http://journal.telospress.com/content/1995/103/9.full.pdf+html>. For the concept of “nationalism”, cf., among others, E.J. HOBBSAWM, *Nation and Nationalism since 1780*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990. The reasons of populism and those of nationalism combine with themselves, especially in the radical Right populist parties and in most of Latin American populisms: this happens, because populism tends to use the borders as walls, built to protect people from foreigners and outsiders. The world is interpreted as a composition of different, divided Nations and people are split between the categories of citizen and non-citizen of the single Nation, which has to be composed only by its own community, by people who all share a common identity. In order to serve the country, every Nation is sovereign and must be independent: in this sense, nationalism takes its force from the spread of a populist idea of diversity. For these reflections, cf. B. DE CLEEN, *Populism and Nationalism*, in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 342-362, at 342-344.

27 G. SARTORI, *Concept Misformation in Comparative Politics*, in *American Political Science Review*, vol. 64, n. 4, 1970, published online 2014, pp. 1033-1053, at 1039, <https://www.cambridge.org/core/journals/american-political-science-review/article/abs/concept-misformation-in-comparative-politics/D8BF3109460C6005B9C12FBC1B217489>.

28 OXFORD, entry *Populism*, in *Oxford Advanced American Dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 2023, https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/populism.



in the dynamics of this phenomenon²⁹: “the people” is an expression that represents a unified entity, often recognized as “the sovereign people” with their common interests to protect; every possible minority is not included³⁰.

Populist democracy is based on a direct relationship between one leader and the category of “the people”, as well as on the superlative authority of the audience; traditional media, political institutions and intermediary opinion-making bodies (like the parties) are the “enemies”. The leader - exploiting direct representation, which is manifested as the only one being able to fully guarantee basic rights such as freedom of opinion, expression and speech - embodies the demands of dissatisfied groups, described as “the people”, to the point that populist movements ends up being recognized in the leaders’ name³¹.

Populist leaders try to modify constitutional values, writing new constitutions and amending existing ones³², as well as engaging in informal forms of constitutional change by partisan interpretations of the fundamental text, centralizing power in the executive arm and rebuilding mechanisms of jurisdictions in order to control the courts³³. This latter method, in which the legal framework changes without modifying the written texts, is an underhanded technique that leads to slippery paths by remaining within constitutions³⁴.

One must consider that it is innate in the concept of “democracy” that there will be political changes. Change is necessary for democratic regeneration but now it is actually contributing

29 N. URBINATI, *Me the People: How Populism Transforms Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2019, pp. 1-10.

30 C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY, *Populism: An Overview of the Concept and the State of the Art*, in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 1-24, at 2.

31 N. URBINATI, *Me the People, cit.*, pp. 1-10.

32 Kim Lane Scheppele uses the word “Frankenstate” to describe the instauration of a diverse institutional design structured by legal and reasonable constitutional components, which, stitched together, form a monster. Hungary represents a concrete case of constitutional changes that lead to a new constitution, itself frequently amended; starting from this, a diverse system was built, aimed at emphasizing Orbán’s power. Cf. K.L. SCHEPPELE, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, in *Governance*, vol. 26, n. 4, 2013, pp. 559-562, at 561, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/gove.12049>.

33 About these alterations, cf. D. LANDAU, *Populist Constitutions, cit.*, pp. 521-543. One can consider Trump’s decision to revolutionize the constitutional balances, by acting on the composition of the members of the Supreme Court.

34 Moreover, there are numerous small actions that are able to invert the result of elections and consequently of the establishment of new governments: for example, by restricting voting times, the system creates long queues in the cities and, in this way, it is possible that someone desists from voting in the big metropolitan centers; this simple fact could change the outcome because the countryside is often not aligned with the cities.



to a subversion of democracy that follows after a political parties' collapse³⁵. Accordingly, the party system needs to be taken care of. Indeed, it is necessary to reflect on the constitutional function exercised by political parties, which are an intermediary body that should protect the system from any sort of populist degeneration of participatory democracy.

The vote for new anti-system parties is rooted in the distrust of the traditional parties, which is often related to the numerous cases of scandals in which they had been involved in and in a dissatisfaction with politics in general. Therefore, the vote of the electors is revealing itself as a choice without an actual effective range of choices³⁶.

Day by day, populist movements are provoking the transformation of the three pillars of constitutional democracy, which are "the people", "the principle of majority" and "representation": one has to recover constitutional democracy's values and protect basic rights by ensuring citizens are actively taking part in pluralistic politics, by limiting the power of

35 A further reflection: populism is normally opposed to technocracy, that is another frequent phenomenon of the contemporary age, but there are also some analogies and complementarities between them. They share their considerable distance from both political mediation and procedural legitimacy, factors that are personified by the traditional political parties as part of the institutional system. Populism and technocracy are both the result of a political crisis that leads in one case to a widespread critique of party democracy and in the other case to a growing technocratization of politics: these two arrival points are placed at the opposite poles, but at the same time they counterbalance each other. Populism reflects a sort of "hypertrophy" of popular sovereignty, whereas technocracy puts limits and monitors populism: in this question of balances, the focus of attention must be shifted onto the real problem, which is the crisis of party democracy. Cf. C. BICKERTON and C. INVERNIZZI ACCETTI, *Populism and Technocracy*, in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 326-341, at 327 and 336-337.

36 Moreover, another profile: the choice of a specific electoral system has serious implications on the democratic order. With regard to the constitutional limits that must be respected in the Italian electoral laws to remain within the framework of the rules and principles of the legal system, cf. F. BESOSTRI, *La verifica di legittimità costituzionale delle leggi elettorali parlamentari*, in *Giustizia Insieme*, 2021, <https://www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/92-costituzione-e-carte-dei-diritti-fondamentali/1537-la-verifica-di-legittimita-costituzionale-delle-leggi-elettorali-parlamentari?hitcount=0>; R. BORRELLO, *Sistemi elettorali e revisione costituzionale*, in *Nomos: Le Attualità del Diritto*, n. 1, 2016, pp. 1-10, https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2016/05/Borrello_Nomos1-2016.pdf; G. DELLEDONNE, *Legge elettorale e principi costituzionali in materia di partiti politici: un'interazione problematica*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2017, pp. 801-824, <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1439/88138>; G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale: un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, as well as see the commentary on the book written by M. TROISI, *La legge elettorale e le sue implicazioni: riflessioni a partire dal volume "Costituzione e legge elettorale" di Giacomo Delledonne*, in *Osservatorio costituzionale: AIC*, n. 4, 2020, pp. 322-341, https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_4_15_Troisi.pdf; A. GIGLIOTTI, *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014, pp. 1-25, https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2014_Gigliotti.pdf.



majorities and by offering opportunities for changing governments following the institutionalized mechanisms³⁷.

3. A First Conclusion: Democratic Schemes within the Party System as Juridical Tools to Preserve the Democratic Order

Today's populisms express a legitimate unease but they also go further, as they no longer believe in the existing political-institutional and mediatic framework³⁸.

However, it is precisely this distance from the system that generates the malaise of constitutional democracy. The lack of absorption of conflicts by the intermediate bodies leads to a distortion of the representative dynamic and subsequently to a degenerative participatory democracy³⁹. Political parties represent the intermediaries between the electoral body and the State and, in consideration of their decisive role, their functioning should be regulated (for example, in Italy with the implementation of Article 49 of the Constitution)⁴⁰, otherwise the "democracy of parties" degenerates into a "partitocracy" that establishes parties in open

37 N. URBINATI, *Me the People*, cit., pp. 1-10.

38 G. AZZARITI, *Intervento* as President of the first session of the Congress in *Annual Congress of GenIUS. Populismi, identità personali, diritti fondamentali*. Zoom (University of Rome "La Sapienza" - Faculty of Law, 30th of September 2022).

39 C.A. CIARALLI, *Alla ricerca dell'identità perduta: populismo, rappresentazione del sociale e diritti fondamentali*, in *Annual Congress of GenIUS. Populismi, identità personali, diritti fondamentali*. Zoom (University of Rome "La Sapienza" - Faculty of Law, 30th of September 2022).

40 On the subject of constitutional implementation relating to the regulation of parties, cf. A. BARBERA, *La democrazia "dei" e "nei" partiti tra rappresentanza e governabilità*, in S. MERLINI (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*. Proceedings of the Conference organized by Cesifin "Alberto Predieri" and by Centro di studi politici e costituzionali Piero Calamandrei - Paolo Barile (Rectorate, University of Florence, 19th of October 2007), Passigli Editori, Firenze, 2009, pp. 231-252; I. VAN BIEZEN, *Constitutionalizing Party Democracy: The Constitutive Codification of Political Parties in Post-War Europe*, in *British Journal of Political Science*, vol. 42, n. 1, 2012, pp. 187-212, <https://www.cambridge.org/core/journals/british-journal-of-political-science/article/abs/constitutionalizing-party-democracy-the-constitutive-codification-of-political-parties-in-postwar-europe/B372AD97EFE174B02BF00108412C730B>; S. BONFIGLIO, *Forme di governo e partiti politici: riflessioni sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana*, Giuffrè, Milano, 1993; P. BRACALINI, *Partiti S.p.A.*, Ponte alle Grazie, Milano, 2012; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Giuffrè, Milano, 1991; T.E. FROSINI, *È giunta l'ora di una legge sui partiti politici?*, in *Diritto@Storia: Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 2, 2003, <https://www.dirittoestoria.it/lavori2/Contributi/Frosini-Una-legge-sui-partiti%20politici.htm>; L. KARVONEN, *Legislation on Political Parties: A Global Comparison*, in *Party Politics*, vol. 13, n. 4, 2007, pp. 437-455, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1354068807077955>; R.S. KATZ and P. MAIR (eds.), *How Parties Organize: Change and Adaptation in Party Organizations in Western Democracies*, Sage, London, 1994; M. THIEL (ed.), *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracies*, Routledge, London, 2016.



contrast to constitutional democracy⁴¹. Social complexity must not mark the decline of constitutions⁴², on the contrary, this complexity makes the application of constitutional principles even more necessary.

The internal mechanisms of the party system may appear as external factors in regards to the form of government⁴³, but - as Leopoldo Elia affirmed - in practice the party system in democratic States has an immediate legal importance, as it enters the system “required” by the constitutional norms⁴⁴. When populists pontificate on the concept of “popular sovereignty”, they tend not to consider the limits and ways in which it must be exercised, according to the principles of constitutionalism.

The limit of the democratic method must also be applied to the internal organization of political parties and to their decision-making processes⁴⁵.

41 Parties constitute the core of the functional analysis of the political system, both in the regimes - in which a process of identification between the State and the party is established - and in democracy itself. On the role of the party, cf. S. BONFIGLIO, *I partiti e la democrazia: per una rilettura dell’art. 49 della Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2013; S. BONFIGLIO, *L’art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: “rilettura” o “incompiuta” costituzionale?*, in *Nomos: Le Attualità del Diritto*, n. 2, 2017, pp. 1-11, <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2019/01/Bonfiglio-1.pdf>; P. IGNAZI and C. FIORELLI, *Le risorse dei partiti: i partiti italiani alla prova della legge n. 13 del 21 febbraio 2014*, in *Nomos: Le Attualità del Diritto*, n. 1, 2019, pp. 1-16, http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2019/02/Ignazi-e-Fiorelli_Zangara.pdf; M. LUCIANI, *Partiti e forma di governo*, in *Nomos: Le Attualità del Diritto*, n. 3, 2018, pp. 1-11, <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2019/01/Luciani-su-ZangaraVER.pdf>; P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; O. MASSARI, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, in *Nomos: Le Attualità del Diritto*, n. 3, 2018, pp. 1-24, <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2019/01/Massari-contributo-su-Zangara-3.2018.pdf>; E. ROSSI and L. GORI (a cura di), *Partiti politici e democrazia: riflessioni di giovani studiosi sul diritto dei e nei partiti*, Edizioni Plus, Pisa, 2011; F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino, 2017; H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Preußische Druckerei, Berlin, 1927; V. ZANGARA, *Il Partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania*, Zanichelli, Bologna, 1938.

42 P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e questione identitaria*, in *Annual Congress of GenIUS. Populismi, identità personali, diritti fondamentali*. Zoom (University of Rome “La Sapienza” - Faculty of Law, 30th of September 2022).

43 K. VON BEYME, *Die politische Klasse im Parteienstaat*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1993; A. MASTROPAOLO, *Il ceto politico: teoria e pratiche*, Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, pp. 69 ss.

44 L. ELIA, entry *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 19, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 634-675, at 838. Less radical ideas are later expressed by the Author in the entry: L. ELIA, entry *Forme di stato e forme di governo*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2593-2605.

45 V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, vol. 20, n. 1-2, 1969, pp. 3-37, https://www.vitaepensiero.it/scheda-articolo_digital/vezio-crisafulli/i-partiti-nella-costituzione-004084_1969_01-2_0003-348988.html.



If a State imposes a concrete and efficient law regulating the party system, the political forces would not be able to organize themselves outside some democratic schemes and therefore a general organizational terrain would be generated⁴⁶. A certain number of minimum governing bodies internal to the parties and standard-periodic procedures for selecting top level party politicians and political Secretariats could be made a requirement⁴⁷. Under such an arrangement, it would be necessary to renew the governing bodies in a democratic and transparent way, through Congresses and moments of common discussion⁴⁸.

This institutionalization of politics would block the corrosive anti-system actions of party's leaders; with democratic parties there would not be leaderism.

What is important is not to exclude anybody. Diverse forces and new parties have the right to take part in the democratic process; every politician must have the possibility to enjoy a sort of *par condicio*. New ways must be sought out, ways capable of opening up spaces for external forces that clash with the system. On a concrete level, it would be desirable to establish the right to express any autonomy within political parties thanks to the drafting of diverse party statutes.

To protect the multiple identities of a human community, one must recognize tendencies rather than deviations in the multitude of these identities⁴⁹. One should guarantee a democratic

46 In Italy the party system is not regulated by law. Despite this, some profiles have been legally disciplined: one can remember the abolition of direct public financing to parties (Decree-Law of the 28th of December 2013, no. 149, converted into Law of the 21st of February 2014, no. 13), as well as the Law on the Guarantee Commission on Political Parties (Law of the 27th of October 2015, no. 175). When Italian politicians tried to draw up a discipline for political parties aimed at promoting transparency and democratic participation, also preparing new rules for disbursements in favor of political parties or their articulations, the anti-system forces have managed to foil the achievement of this goal (see the text approved by the Italian Chamber of Deputies in June 2016; this text was not approved in the Senate of the Republic before the end of the legislature). See, CAMERA DEI DEPUTATI, https://temi.camera.it/leg17/temi/finanziamento_partiti.

47 On analogous points, see K.L. SCHEPPELE, *The Party's Over*, cit., pp. 495-514.

48 There are those who thought that the State could impose a standard statute on political parties, but a critical view of this imposition seemed to prevail, see G.U. RESCIGNO, *Alcune considerazioni sul rapporto partito-Stato-cittadini*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati. Lo Stato-comunità: le autonomie dei singoli e delle formazioni sociali, le autonomie influenti sulla politica generale dello Stato*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 955-986, in these pages the Jurist is afraid of a possible crystallization of the dominant structures and parties, that creates a barrier towards other types of party. On the role of majority and opposition parties, cf. V. LIPPOLIS, *Partiti maggioranza opposizione*, Jovene, Napoli, 2007; O. MASSARI, A. MISSIROLI and G. PASQUINO, *Opposizione, governo-ombra, alternativa*, a cura di G. PASQUINO, Laterza, Roma-Bari, 1990; RADIO RADICALE, "Conoscere per deliberare", *Debate. Opposizione, governo-ombra, alternativa (Presentazione del Libro)*, broadcast recorded on the 20th of June 1990 in Rome, debate organized by the Centro di Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato.

49 P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e questione identitaria*. Annual Congress of GenIUS, cit.



framework and then respond with an open and inclusive attitude, typical of contemporary constitutionalism: an open approach instead of a punitive approach could be the solution, which would avoid irreparable institutional breakdowns⁵⁰.

“Good politics” must take the field, in order to create a synergy between participation and representation, that guarantees the effectiveness of pluralism⁵¹. An important tool to achieve this aim is connected with forms and with technical-juridical procedures, as solid containers of democratic substance⁵². The forms filled with substance through the democratic method are able to protect the system, to guarantee political rights and freedoms, as well as democracy itself⁵³. Once some formal legal limits have been defined, the political-social dimension of the

50 C.A. CIARALLI, *Alla ricerca dell'identità*. Annual Congress of GenIUS, cit.

51 N. PETTINARI, *Gli strumenti di democrazia partecipativa nelle costituzioni e la partecipazione ai processi costituenti: verso un nuovo sviluppo della qualità democratica?*, in *Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario, Europeo*, n. 14, 2019, pp. 1-40, <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=40085&dpath=document&dfile=30072019211226.pdf&content=Gli%2Bstrumenti%2Bdi%2Bdemocrazia%2Bpartecipativa%2B%27nelle%27%2Bcostituzioni%2Be%2Bla%2Bpartecipazione%2Bai%2Bprocessi%2Bcostituenti%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>.

52 L. BASSO, *Il Principe senza scettro*, Feltrinelli, Milano, 1998, pp. 28-29.

53 Another example: it would be useful to enforce international legal cooperation and to use international law in order to guarantee democracy, but this aim has become more and more difficult, because of the rise of numerous authoritarian regimes. A further opportunity: the debate on the relationship between democracy and constitutionalism should be brought back to the fore, highlighting the latter's limits and anti-democratic potential, in order to give life to a democratic constitutional theory. It is necessary to promote a concept of “constitutionalism” which implies an opening towards a constituent power capable of manifesting itself from time to time. In every constitutional order there is an entity that possesses an unlimited constitution-making faculty. The constituent power, although not being part of positive law, is able to modify the assessment of the legality of different political actions and to establish the types of institutions that should exist in a particular constitutional order, generated by a constituent people. On the possible implications of connecting democracy with international law, cf. T. GINSBURG, *Democracies and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021. About the relationship between constituent power and democracy, see J.I. COLÓN-RÍOS, *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, Routledge, London, 2012; J.I. COLÓN-RÍOS, *Constituent Power and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020.



conflict, which cannot be absorbed by the legal one, comes into play, but the two levels must coexist to guarantee a democratic order⁵⁴ that safeguards the complexity of plural identities⁵⁵.

4. Political Communication and Disinformation in the Social Media Era: A Social Reason of Democratic Erosion

Established institutions have lost control over information because of transformations of the communication system: after the analysis of the questions related to political parties as intermediary bodies, this is the second point that is indispensable to examine in this study. Communication has a constitutive role in the political field and nowadays this link has strengthened with the development of social media, which has allowed direct contacts to the audience without the “inconvenient” mediation of journalists. In this sense this second point is connected to the question of intermediations⁵⁶.

Statistical data relating to the year of 2021: more than 57 per cent of the world population is comprised of social media users⁵⁷. The social media interactive nature allows users to communicate with other people, through likes and emoticons, as well as through comment sections⁵⁸. An inevitable consequence: the mediatisation of politics has led to the propagation of populist speeches, influencing the quality of democracy, but it is no longer possible to go back trying to ignore the fact that technologies have revolutionized the planet dynamics⁵⁹.

54 It is difficult to agree with Augusto Aguilar Calahorro, when he affirms that judicial Courts must resolve the conflicts connected to constitutional values, absorbing these last under their jurisdictional powers. In line with the thought of Gaetano Azzariti, the jurisdictional plan has to be distinguished from the political-social one and therefore the first one cannot replace the latter; instead, the two must cooperate in the name of democratic principles. Cf. A. AGUILAR CALAHORRO, *Populismos y conflicto entre valores constitucionales en la Unión Europea*, in *Annual Congress of GenIUS. Populismi, identità personali, diritti fondamentali*. Zoom (University of Rome “La Sapienza” - Faculty of Law, 30th of September 2022); G. AZZARITI, *Intervento*. Annual Congress of *GenIUS*, cit.

55 “Liberté, Égalité, Fraternité” must not be replaced by “God, Father, Family”. Cf. G. AZZARITI, *Intervento*. Annual Congress of *GenIUS*, op. cit.

56 See, in general, R.C. HEINISCH, C. HOLTZ-BACHA and O. MAZZOLENI (eds.), *Political Populism: A Handbook*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017, pp. 19-37.

57 TEAM I.A. ITALIA, *Statistiche sull’utilizzo dei social media nel 2023*, in *Intelligenza Artificiale Italia*, <https://www.intelligenzaartificialeitalia.net/post/statistiche-sull-utilizzo-dei-social-media-nel-2022>.

58 For what concerns a public use of emoticons, cf. P. PORTEN-CHEÉ and C. EILDERS, *The Effects of Likes on Public Opinion Perception and Personal Opinion*, in *Communications: The European Journal of Communication Research*, vol. 45, n. 2, 2019, pp. 223-239, <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/commun-2019-2030/html>. More in general, see P. LORENZ-SPREEN, S. LEWANDOWSKY, C.R. SUNSTEIN and R. HERTWIG, *How Behavioural Sciences Can Promote Truth, Autonomy and Democratic Discourse Online*, in *Nature Human Behaviour*, n. 4, 2020, pp. 1102-1109, <https://www.nature.com/articles/s41562-020-0889-7>.

59 About the link among populist speeches, new media and political changes, see J.G. BLUMLER and D. KANAVAGH, *The Third Age of Political Communication: Influences and Features*, in *Political*



The “electronic *agorà*” has been transformed from a television *agorà*, in which the message takes on a vertical and unidirectional character, to an *agorà* of the web, that is an *agorà* in which a horizontal dimension is reestablished⁶⁰.

Webpolitics therefore represents a meeting point among the political system, new media and the citizenry. The contemporary era seems to create equity and direct relationships that concerns both the private and the public sphere, but people who are “without”, such as the unskilled, are considered the “losers of globalization”⁶¹. The inequalities between people who can experience the modern world and people who cannot has increased: there are multiple reasons that provoke exclusions, in particular money, age, culture and political-social environment⁶². Algorithms are too often exploited to manipulate people, especially those who,

Communication, vol. 16, n. 3, 1999, pp. 209-230, <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/105846099198596>; A.A. ELLINAS, *The Media and the Far Right in Western Europe: Playing the Nationalist Card*, Cambridge University Press, New York, 2010; L. MANUCCI, *Populism and the Media*, in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO and P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, New York, 2017, pp. 467-488, at 467-469; G. MAZZOLENI, *Populism and the Media*, in D. ALBERTAZZI and D. MCDONNELL (eds.), *Twenty-First Century Populism: The Spectre of Western European Democracy*, Palgrave Macmillan, New York, 2008, pp. 49-64; G. MAZZOLENI, *Mediatization and Political Populism*, in F. ESSER and J. STRÖMBÄCK (eds.), *Mediatization of Politics: Understanding the Transformation of Western Democracies*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2014, pp. 42-56; D.C. MUTZ and B. REEVES, *The New Videomalaise: Effects of Televised Incivility on Political Trust*, in *American Political Science Review*, vol. 99, n. 1, 2005, pp. 1-15, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/093762E57EF0CFA2E4A0328572DE0009/S0003055405051452a.pdf/the-new-videomalaise-effects-of-televised-incivility-on-political-trust.pdf>.

60 A. BARBERA, *Prefazione*, in G. Gardini, *La disciplina della campagna elettorale*, Cedam, Padova, 1996, pp. XIII-XVI.

61 K.A. HAWKINS, M. READ and T. PAUWELS, *Populism and its Causes*, cit., pp. 267-286, at 271.

62 A brief parenthesis on a delicate profile on the subject of communication: people don't always want to know things about reality, about the financial and political state of the art, and States don't always deem it appropriate to disseminate news. At times, information could have negative instrumental value: there are a lot of daily practical applications of this concept, such as the case in which the lawyer ignores the guilt of a client. The unconsciousness of things is strictly related to the affect: for example, if one knows that there is a predisposition for a serious danger, one tends to change one's own personal way of behaving or a general state of panic could be generated. It is evident that not just lack of knowledge provokes anxiety; sometimes the opposite mechanism is triggered and for this reason ignorance could be in certain circumstances a choice. In the same way, governments have to decide every day whether to seek information; their positions derive from a predictive ability, that is a skill to understand if a piece of information will negatively influence actions, affects and cognitions. Predictive potentiality is influenced by many factors, such as illusions of control and of knowledge, impact bias overestimating the duration and intensity of future affective states, unrealistic optimism and overconfidence. Moreover, predictions are very complicated because the cited risk factors concern not only the “predictor”, but also the audience, and in the political field there is a vast audience, characterized by different levels of susceptibility, according to each personality, mentality and cultural environment. This kind of research



despite having the economic and digital skills to access the web, are functional illiterates⁶³ and don't know how to read laterally; that is, how to evaluate the credibility of information sources. Inevitably, with an increase of the sources that the digital world offers compared to the analogue one, all that remains is to reiterate that the inequities grow in a directly proportional way⁶⁴.

At this point, it is useful to clarify what "iniquity" is: it is connected with the notion of "context", but this word also has a clouded meaning. "Context" deals with the concept of "environment", that is, for example, home, workplace, neighborhood, city and State. Nowadays, thinking about "iniquity", it would be perhaps better to juxtapose the term "network" instead of "context", in order to include every kind of relationship connected with the "social environment"⁶⁵. Breaking down the walls built between institutions and the people, one has the illusion of generating a direct and "true" relationship, but this "socialized communication" - as Manuel Castells states - ends up revealing itself a "mass self-communication"; that is, a form of "mass" communication, since the web allows the diffusion on a global scale, but characterized by being "self", since neither the content nor the source

could be useful in the politics of government agencies, which are often charged with the task of calculating the welfare effects of mandatory disclosure, by facilitating the achievement of a balanced information system. Cf. R. HERTWIG and C. ENGEL, *Homo Ignorans: Deliberately Choosing Not to Know*, in *Perspectives on Psychological Science* vol. 11, n. 3, 2016, pp. 359-372, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1745691616635594>; D. KAHNEMAN and A. TVERSKY, *On the Psychology of Prediction*, in *Psychological Review*, vol. 80, n. 4, 1973, pp. 237-251, <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0034747>; E.J. LANGER, *The Illusion of Control*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 32, n. 2, 1975, pp. 311-328, <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0022-3514.32.2.311>; G. PALLIER, R. WILKINSON, V. DANTHIIR, S. KLEITMAN, G. KNEZEVIC, L. STANKOV and R.D. ROBERTS, *The Role of Individual Differences in the Accuracy of Confidence Judgments*, in *The Journal of General Psychology*, vol. 129, n. 3, 2002, pp. 257-299, <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00221300209602099>; T. SHAROT and C.R. SUNSTEIN, *How People Decide What They Want to Know*, in *Nature Human Behaviour*, vol. 4, n. 1, 2020, pp. 14-19, <https://www.nature.com/articles/s41562-019-0793-1>; S. SLOMAN and P. FERNBACH, *The Knowledge Illusion: Why We Never Think Alone*, Riverhead Books, New York, 2017; N.D. WEINSTEIN, *Unrealistic Optimism about Future Life Events*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 39, n. 5, 1980, pp. 806-820, <https://psycnet.apa.org/record/1981-28087-001>.

63 More and more frequently individuals, despite knowing how to read and write, are unable to understand the real meaning of a text: even if structural illiteracy has been overcome in a large part of the Western world, the phenomenon of functional illiteracy is increasing. One has to promote functional literacy and, in a broader sense, information literacy.

64 On the general problem, see J. KLEINBERG, J. LUDWIG, S. MULLAINATHAN and C.R. SUNSTEIN, *Discrimination in the Age of Algorithms*, in *Journal of Legal Analysis*, vol. 10, 2018, pp. 113-174, <https://doi.org/10.1093/jla/laz001>.

65 D.C. MUTZ, *Hearing the Other Side: Deliberative versus Participatory Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 10.



from which it derives is guaranteed⁶⁶. The problem is that most people don't use social media for building a democratic dialogue and for empowering a collective intelligence. Individuals tend to focus on their own personal ideas, because the system proposes them topics that are in line with their thoughts and with their interests⁶⁷. Indeed, the inversion of communication methods from top-down to bottom-up allows the recording of data on people and their interests, transforming the network into a "virtual market", in which "companies" try to pursue their mission and vision⁶⁸; the citizen becomes a mere consumer, to whom the parties try to submit the best offer through messages directed almost *ad personam*⁶⁹. This process generates an apparent mutual consent, neither coming into contact with different points of view, nor taking into account the great number of persons who scroll over the same posts without expressing their dissent.

The enormous online ecosystem captures user attention, without stimulating knowledge and autonomous choices. On the contrary, Cass Robert Sunstein points out - in *#republic* - that «people should be exposed to materials that they would not have chosen in advance. Unplanned, unanticipated encounters are central to democracy itself»⁷⁰.

Despite the high democratic potential of the new technologies⁷¹, they often produce disinformation and this is due to the lack of rules and guarantees in the use of the web⁷². Information overload drives to an inevitable spread of false information and it seems impossible to model regulation, because the speed and adaptability of technology and its users is not comparable with that of regulation. Also, by trying to set rules, governments incur in other potential risks, like the accusation of censorship⁷³.

66 M. CASTELLS, *Communication, Power and Counter-Power in the Network Society*, in *International Journal of Communication*, vol. 1, 2007, pp. 238-266, <https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/46/35>.

67 P. LORENZ-SPREEN, S. LEWANDOWSKY, C.R. SUNSTEIN and R. HERTWIG, *How Behavioural Sciences Can Promote Truth*, cit., pp. 1102-1109.

68 On the subject of political marketing, cf. A. MELLONE and B.I. NEWMAN, *Introduzione*, in A. MELLONE and B.I. NEWMAN (a cura di), *L'apparenza e l'appartenenza: teorie del marketing politico*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004, pp. 7-15.

69 S. RODOTÀ, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004; C.R. SUNSTEIN, *Republic.com*, Princeton University Press, Princeton, 2001.

70 C.R. SUNSTEIN, *#republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press, Princeton, 2017, p. 6.

71 On the centrality of the media in human experience, cf. B. BALDI and E. BORELLO, *Comunicazione, cultura e mass media*, Edizioni dell'Orso, Alessandria, 2016.

72 M. CUNIBERTI, *Le libertà politiche nell'era digitale*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero: la libertà di informazione e la democrazia costituzionale*, vol. 2, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 153-171.

73 P. LORENZ-SPREEN, S. LEWANDOWSKY, C.R. SUNSTEIN and R. HERTWIG, *How Behavioural Sciences Can Promote Truth*, cit., pp. 1102-1109.



The news, thanks also to the use of images alongside words, seem to express great truths, but images are often taken out of context⁷⁴, even without considering the case of deepfakes. The image creates *pathos*, that prevails over *logos* and *ratio*⁷⁵; the consensus of society thus leaves the schemes of parliamentary democracy in favor of the surreal and unregulated *arena* of the web. In this kind of democracy - the so-called “post-democracy”⁷⁶ - the way of expressing opinion has changed: offense prevails over rhetoric, because the only aim is to make people talk⁷⁷.

Disinformation is a powerful weapon of the populist media platforms, which has initially worked because of the widespread gullibility towards information read on the web and are now functioning because of a fine reworking of the facts structured in a more credible way. Beyond the legal questions connected to the problem of non-regulation of digital spaces, there is also a sociological problem, deriving from the ability of digital populism of appealing to millions of users through generalized propaganda without filters (the so-called “disintermediation”).

“Digital populism” has innervated its roots in this mediatic context, finding place in contemporary Western constitutional democracies, while “analog populism” used to impose

74 G. SARTORI, *Homo videns*, Laterza, Bari, 1999, pp. 69-85.

75 On the psychological reflection of public issues, cf. B. BARBER, *The Logic and Limits of Trust*, Rutgers University Press, Brunswick, 1983; M.M. BRADLEY, *Emotion and Motivation*, in J.T. CACIOPPO, L.G. TASSINARI and G.G. BERNTSON (eds.), *Handbook of Psychophysiology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 602-642; J.N. DRUCKMAN and K.R. NELSON, *Framing and Deliberation: How Citizens' Conversations Limit Elite Influence*, in *American Journal of Political Science*, vol. 47, n. 4, 2003, pp. 729-745, <https://doi.org/10.1111/1540-5907.00051>; J. FALLOWS, *Breaking the News: How the Media Undermine American Democracy*, Pantheon, New York, 1996; S. KEETER, *The Illusion of Intimacy: Television and the Role of Candidate Personal Qualities in Voter Choice*, in *Public Opinion Quarterly*, vol. 51, n. 3, 1987, pp. 344-358, <https://academic.oup.com/poq/article-abstract/51/3/344/1805038?redirectedFrom=fulltext>; M. LOMBARD, *Direct Responses to People on the Screen: Television and Personal Space*, in *Communication Research*, vol. 22, n. 3, 1995, pp. 288-324, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/009365095022003002>; M. LOMBARD, R.D. REICH, M.E. GRABE, C. CAMPANELLA BRACKEN and T. BOLMARCICH DITTON, *Presence and Television: The Role of Screen Size*, in *Human Communication Research*, vol. 26, n. 1, 2000, pp. 75-98, <https://academic.oup.com/hcr/article-abstract/26/1/75/4554750?redirectedFrom=fulltext>; G.E. MARCUS, W. RUSSELL NEUMAN and M. MACKUEN, *Affective Intelligence and Political Judgment*, University of Chicago Press, Chicago, 2000.

76 The English neologism “post-democracy” was coined by the British sociologist and political scientist Colin Crouch in his monograph *Coping with Post-democracy*, cf. C. CROUCH, *Coping with Post-democracy*, Fabian Society, London, 2000, Italian translation *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 6. About this theme, cf. M.G. RODOMONTE, Il “populismo sovranista” e l'Europa: a proposito di crisi della democrazia e del processo di integrazione europea, in *Nomos: Le Attualità del Diritto*, n. 2, 2019, pp. 1-25, at 4, <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2019/09/Rodomonte-2.2019.pdf>.

77 S. BUDELLI, *Populismo nell'e-democracy*, cit., pp. 367-386, at 376-377.



itself only in authoritarian or semi-authoritarian frameworks⁷⁸, therefore highlighting its deep connection with the concept of “dictatorship”⁷⁹. Western constitutions tend to prevent totalitarian distortions, but new populisms have disguised their deep ideological orientation, which seems to connect them to the totalitarianisms of the twentieth century; for this reason,

78 For what concerns the relationship among communication, power and counter-power in the network society, cf. U. BECK, *Power in the Global Age*, Polity, Cambridge, 2006; W.L. BENNETT, *Toward a Theory of Press-State Relations in the United States*, in *Journal of Communication*, vol. 40, n. 2, 1990, pp. 103-127, <https://academic.oup.com/joc/article-abstract/40/2/103/4210575>; M. CASTELLS, *Global Governance and Global Politics*, in *PS: Political Science & Politics*, vol. 38, n. 1, 2005, pp. 9-16, <https://www.cambridge.org/core/journals/ps-political-science-and-politics/article/abs/global-governance-and-global-politics/4EC97F93EE0D39B62AF3FA32E38F8DE5#access-block>; M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2009; M. CASTELLS, M. FERNANDEZ-ARDEVOL, J. LINCHUAN QIU and A. SEY, *Mobile Communication and Society: A Global Perspective*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge, 2006; J. CURRAN, *Media and Power*, Routledge, London, 2002; R.J. DALTON, *Democratic Challenges, Democratic Choices: The Erosion of Political Support in Advanced Industrial Democracies*, Oxford University Press, Oxford, 2004; D.A. GRABER (ed.), *Media Power in Politics*, CQ Press, Washington D.C., 2007; D.C. HALLIN and P. MANCINI, *Comparing Media Systems: Three Models of Media and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

79 M. MONTI, *Intervento*, in Conference for the Presentation of the Volume. G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI and F. PACINI, *Populismo e Costituzione: una prospettiva giuridica* (2022). WebEx (School of Advanced Studies Sant’Anna of Pisa. Institute of Law, Politics and Development, 15th of September 2022).



it is complex for Constitutional Courts⁸⁰ to use constitutional instruments for protecting democracies from these distortions⁸¹.

5. Culture as a Very Revolutionary Tool: Behavioural Research and Some Correctives to Ignorance

There is a real risk of democratic erosion and no constitution is able to avoid this risk, because constitutions don't have the power to save democracy: the only ones who can take care of democracy are the democrats⁸². This is why it is important to work on a cultural level, making people aware of the present political and mediatic dynamics.

Nowadays people don't understand media news and known facts because they are cognitively impoverished: technology companies, such as Google and Facebook, use their

80 The Constitutional Court can be conceived as the guardian of the constitution, which checks the constitutional validity of ordinary legislative decisions: this conception of the judge could lead to consider him or her as *bouche de la loi* or, in this case, one could perhaps say *bouche de la constitution*, but this reading collides with the fact that every text needs to be interpreted and that the interpreter is a person. Despite the possible risks, the system is concretely guaranteed, because the Constitutional Court operates on the basis of a robust argumentative capacity as the chief public reasoner of democracy. This profile ensures that rights are exercised and protected within a "culture of justification". On the role of the constitutional judge and on his or her power, Mary L. Volcansek asserted: «The court becomes a veto-player if it can say what the constitution means and invalidate both executive and legislative actions», cf. M.L. VOLCANSEK, *Constitutional Courts as Veto-players: Divorce and Decrees in Italy*, in *European Journal of Political Research*, vol. 39, n. 3, 2001, pp. 347-372, at 352. See also G. TSEBELLIS, *Veto Players: How Political Institutions Work*, Princeton University Press, Princeton, 2002, p. 328. Other interpretations of the work of the Court are that of Ronald Dworkin, who considers the Court as the "forum of principle", and that of John Bordley Rawls, who describes it as the "exemplar of public reason"; on Dworkin's thought, see, in particular, R. DWORKIN, *The Forum of Principle*, Routledge, London, 2000, and about Rawls' ideas, cf. J. BORDLEY RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971; J. BORDLEY RAWLS, *The Idea of Public Reason*, in J. BOHMAN and W. REHG (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, Cambridge, 1997, pp. 93-145; J. BORDLEY RAWLS, *The Idea of Public Reason Revisited*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, n. 3, 1997, pp. 765-807, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5633&context=uclrev>; J. BORDLEY RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005. On the theme of the "culture of justification", Albie Sachs - thinking of South Africa - states that «we had moved from a culture of submission to the law, to one of justification and rights under the law»; for Sachs' quote, cf. A. SACHS, *The Strange Alchemy of Life and Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 33. For an extensive reflection on the multiple interpretations of the role of the Constitutional Court, see C. HÜBNER MENDES, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

81 K.L. SCHEPPELE, *The Party's Over*, cit., pp. 495-514.

82 T. GINSBURG and A.Z. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 2018, pp. 238-240.



algorithms to achieve the most desirable product, that is human attention, and politics is able to take advantage of these mechanisms⁸³.

These problems are strictly related to the opacity and the asymmetry of the relationship between an individual and the social media: platforms are informed about users behaviour, whereas users are oblivious about the way their data is processed and about any use of personal data for commercial or political purposes.

Individuals are not used to researching the level of credibility about information, because they prefer to adapt themselves to the common values expressed by their community. If a piece of information collided with their preconceptions, it might be possible for individuals to start to approach news in a critical way by analyzing the sources⁸⁴. A great number of active Twitter accounts are bots; the same happens on Facebook and it has had great consequences in the 2016 political U.S. campaign and in the 2017 French election⁸⁵.

Fake news is generated and this kind of news pushes towards the erosion of institutions. Manipulations are more and more common⁸⁶; one of the biggest risks is related to the repetition of false information that makes the audience familiar to this kind of information by ending up believing in it⁸⁷. It is necessary to react to these distorted uses of technologies, but it is not sufficient to just delete questionable posts.

83 P. LORENZ-SPREEN, S. LEWANDOWSKY, C.R. SUNSTEIN and R. HERTWIG, *How Behavioural Sciences Can Promote Truth*, *cit.*, pp. 1102-1109.

84 D.M.J. LAZER, M.A. BAUM, Y. BENKLER, A.J. BERINSKY, K.M. GREENHILL, F. MENCZER, M.J. METZGER, B. NYHAN, G. PENNYCOOK, D. ROTHSCHILD, M. SCHUDSON, S.A. SLOMAN, C.R. SUNSTEIN, E.A. THORSON, D.J. WATTS and J.L. ZITTRAIN, *The Science of Fake News: Addressing Fake News Requires a Multidisciplinary Effort*, in *Science*, vol. 359, n. 6380, 2018, pp. 1094-1096, <https://www.science.org/doi/10.1126/science.aao2998>.

85 For what concerns the use of bots in politics, cf. E. FERRARA, *Disinformation and Social Bot Operations in the Run Up to the 2017 French Presidential Election*, in *First Monday*, vol. 22, n. 8, 2017, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/8005/6516>. About online human-bot interactions, cf. Z. CHU, S. GIANVECCHIO, H. WANG and S. JAJODIA, *Detecting Automation of Twitter Accounts: Are You a Human, Bot, or Cyborg?*, in *IEEE Transactions on Dependable and Secure Computing*, vol. 9, n. 10, 2012, pp. 1-14, <https://www.eecis.udel.edu/~hnw/paper/tdsc12b.pdf>; S. HAUSTEIN, T.D. BOWMAN, K. HOLMBERG, A. TSOU, C.R. SUGIMOTO and V. LARIVIÈRE, *Tweets as Impact Indicators: Examining the Implications of Automated "Bot" Accounts on Twitter*, in *Journal of the Association for Information Science and Technology*, vol. 67, n. 1, 2016, pp. 232-238, <https://doi.org/10.1002/asi.23456>.

86 D.M.J. LAZER, M.A. BAUM, Y. BENKLER, A.J. BERINSKY, K.M. GREENHILL, F. MENCZER, M.J. METZGER, B. NYHAN, G. PENNYCOOK, D. ROTHSCHILD, M. SCHUDSON, S.A. SLOMAN, C.R. SUNSTEIN, E.A. THORSON, D.J. WATTS and J.L. ZITTRAIN, *The Science of Fake News*, *cit.*, pp. 1094-1096.

87 On this theme, see B. SWIRE, U.K.H. ECKER and S. LEWANDOWSKY, *The Role of Familiarity in Correcting Inaccurate Information*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, vol. 43, n. 12, 2017, pp. 1948-1961, <https://psycnet.apa.org/fulltext/2017-21380->



There are two kinds of factors produced by the digital environment that could be useful to correctly judge the web sources: the first kind of cues are endogenous and the second ones are exogenous⁸⁸.

Endogenous factors are a result of the content itself, examined by modern search engines using language-processing tools, but these digital mechanisms cannot generate nuanced interpretations⁸⁹: they are not able to divide facts from opinions, to recognize irony, humor or sarcasm, nor to differentiate between extremist contents and counter-extremist messages, because both types of messages tend to be tagged with similar keywords⁹⁰.

For what concerns exogenous cues, they are easier to be interpreted because they come out of the context and don't require an analysis of the content. For example, Google's PageRank algorithm takes centrality as a key indicator of quality and well-connected websites are located higher up in search results, regardless of their content: in this sense, exogenous cues can highlight if a piece of information is part of the existing knowledge or of the public discourse.

Energy needs to be concentrated in redesigning digital environments and in empowering people to approach the web in a critical way⁹¹. Thereby, inequalities - suffered from groups of citizens who are involved in the problem of the digital divide or who are disadvantaged because of economic and cultural factors - could trend to zero.

001.pdf?auth_token=fa71f547f8bb929bf0ccda4e5fc2b64e77341529&returnUrl=https%3A%2F%2Fpsycnet.apa.org%2FdoiLanding%3Fdoi%3D10.1037%252Fxl0000422.

88 X.L. DONG, E. GABRILOVICH, K. MURPHY, V.D. WILKO HORN, C. LUGARESI, S. SUN and W. ZHANG, *Knowledge-Based Trust: Estimating the Trustworthiness of Web Sources*, in *Proceedings VLDB Endowment. 41st International Conference on Very Large Data Bases* (Kohala Coast, 31st of August-4th of September 2015), vol. 8, n. 9, 2015, pp. 938-949, <https://www.vldb.org/pvldb/vol8/p938-dong.pdf>.

89 About these mechanisms and the related problems, cf. J. HULL, *Google Hummingbird: Where No Search Has Gone Before*, in *Wired*, <https://www.wired.com/insights/2013/10/google-hummingbird-where-no-search-has-gone-before/>; H. LUO, Z. LIU, H. LUAN and M. SUN, *Online Learning of Interpretable Word Embeddings*, in *Proceedings of the 2015 Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing* (Lisbon, 17th-21st of September 2015), Association for Computational Linguistics, New York, 2015, pp. 1687-1692.

90 On these digital questions, see A. SCHMIDT and M. WIEGAND, *A Survey on Hate Speech Detection Using Natural Language Processing*, in *Proceedings of the Fifth International Workshop on Natural Language Processing for Social Media* (Valencia, 3rd of April 2017), Association for Computational Linguistics, Stroudsburg, 2017, pp. 1-10; J.B. SCHMITT, D. RIEGER, O. RUTKOWSKI and J. ERNST, *Counter-Messages as Prevention or Promotion of Extremism?! The Potential Role of YouTube: Recommendation Algorithms*, in *Journal of Communication*, vol. 68, n. 4, 2018, pp. 780-808, <https://doi.org/10.1093/joc/jqy029>.

91 P. LORENZ-SPREEN, S. LEWANDOWSKY, C.R. SUNSTEIN and R. HERTWIG, *How Behavioural Sciences Can Promote Truth*, *cit.*, pp. 1102-1109.



There should be nudging interventions⁹², directed to shape behaviour primarily through the design of choice architectures of the media system⁹³. Subsequently, some concrete actions could be aimed at: communicating more information about the effective number of readers, including those who have decided not to express explicit reactions; clarifying the way a social media news feed sorts content (for instance, explaining to the reader the reasons why attention tends to be addressed to some particular posts); discouraging people from sharing low-quality information by inserting a further mouse click in a pop-up warning message concerning critical profiles of some news, in order to permit people to think some seconds more before sharing⁹⁴.

It is also important to take boosting actions⁹⁵, by offering users instruments that give them the opportunity to develop cognitive and motivational competences in the long term, which would allow them to critically browse the web: for example, by understanding the reliability of a piece of information, looking at the social context from which it originates⁹⁶, or by empowering their skills to read laterally, in order to decipher the level of truthfulness of news⁹⁷.

92 About nudging actions, cf. R.H. THALER and C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008.

93 About the trustworthiness of new information sources, cf. A. BORODIN, G.O. ROBERTS, J.S. ROSENTHAL and P. TSAPARAS, *Link Analysis Ranking: Algorithms, Theory, and Experiments*, in *ACM Transactions on Internet Technology*, vol. 5, n. 1, 2005, pp. 231-297, <https://doi.org/10.1145/1052934.1052942>; Q. LI, Y. LI, J. GAO, B. ZHAO, W. FAN and J. HAN, *Resolving Conflicts in Heterogeneous Data by Truth Discovery and Source Reliability Estimation*, in *ACM Special Interest Group on Management of Data*, SIGMOD' 14, 2014, pp. 1187-1198, <https://doi.org/10.1145/2588555.2610509>.

94 About an illiberal use of media, deriving from the abuse of them actuated by authoritarian regimes, cf. J.A. TUCKER, Y. THEOCHARIS, M.E. ROBERTS and P. BARBERÁ, *From Liberation to Turmoil: Social Media and Democracy*, in *Journal of Democracy*, vol. 28, n. 4, 2017, pp. 46-59, <https://www.journalofdemocracy.org/articles/from-liberation-to-turmoil-social-media-and-democracy/>.

95 About nudging and boosting actions, cf. R. HERTWIG and T. GRÜNE-YANOFF, *Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions*, in *Perspectives on Psychological Science*, vol. 12, n. 6, 2017, pp. 973-986, <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1745691617702496>.

96 On this point, see A. ALMAATOUQ, A. NORIEGA-CAMPERO, A. ALOTAIBI, P.M. KRAFFT, M. MOUSSAID and A. PENTLAND, *Adaptive Social Networks Promote the Wisdom of Crowds*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 117, n. 21, 2020, pp. 11379-11386, <https://www.pnas.org/doi/pdf/10.1073/pnas.1917687117>.

97 On people's ability to understand what they are reading, cf. P. LORENZ-SPREEN, S. LEWANDOWSKY, C.R. SUNSTEIN and R. HERTWIG, *How Behavioural Sciences Can Promote Truth*, *cit.*, pp. 1102-1109; S. WINEBURG and S. MCGREW, *Lateral Reading: Reading Less and Learning More When Evaluating Digital Information*, Stanford History Education Group, 2017-A1, 2017, pp. 1-55, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3048994.



Individual evaluation of the quality of information sources has to be improved; information literacy needs to be implemented⁹⁸. “Schools of democracy”⁹⁹ should be created, in order not simply to teach the meaning of “democracy” but rather to teach how to be democrats, that is how to be aware¹⁰⁰. Dialogue between people and institutions must be resumed, by using as tools both the diffusion of a pluralist culture with the scientific support of behavioural research and the recentralization of intermediary forces, which operate in the political and in the social media systems.

Democracy needs to be constantly implemented and cannot be taken for granted¹⁰¹.

6. Participation in Education: The Core of a New Political System

Most of the people want democratic “experiences”, want to be part of the system and want to participate, but it is necessary to break down the cultural barriers that hinder the success of these democratic “experiences”. A first step, for example, would be to overcome some terminological problems that generate marginalization instead of cohesion and development: expressions such as “participation infrastructure” are not directly usable for the average citizen, who does not get the messages in the technical language of professionals and

98 Regarding the role of skill in correcting inaccurate information, cf. J. COOK, D. BEDFORD and S. MANDIA, *Raising Climate Literacy Through Addressing Misinformation: Case Studies in Agnotology-Based Learning*, in *Journal of Geoscience Education*, vol. 62, n. 3, 2014, pp. 296-306, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.5408/13-071.1>; U.K.H. ECKER, S. LEWANDOWSKY and D.T.W. TANG, *Explicit Warnings Reduce but Do Not Eliminate the Continued Influence of Misinformation*, in *Memory & Cognition*, vol. 38, n. 8, 2010, pp. 1087-1100, <https://link.springer.com/content/pdf/10.3758/MC.38.8.1087.pdf>; U.K.H. ECKER, S. LEWANDOWSKY, B. SWIRE and D. CHANG, *Correcting False Information in Memory: Manipulating the Strength of Misinformation Encoding and Its Retraction*, in *Psychonomic Bulletin & Review*, vol. 18, n. 3, 2011, pp. 570-578, <http://dx.doi.org/10.3758/s13423-011-0065-1>; J.E. HUNTER and F.L. SCHMIDT, *Methods of Meta-Analysis: Correcting Error and Bias in Research Findings*, Sage, Thousand Oaks, 2004; L.L. JACOBY, *A Process Dissociation Framework: Separating Automatic from Intentional Uses of Memory*, in *Journal of Memory and Language*, vol. 30, n. 5, 1991, pp. 513-541, [http://dx.doi.org/10.1016/0749-596X\(91\)90025-F](http://dx.doi.org/10.1016/0749-596X(91)90025-F); V.F. REYNA and F. LLOYD, *Theories of False Memory in Children and Adults*, in *Learning and Individual Differences*, vol. 9, n. 2, 1997, pp. 95-123, <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1041608097900029?token=B8348FA37FE81402FB3EDE5CA8C5964617E42DDE93838AC3BA9A291861AD25A6F336A8916563DBD632E51453EFDCE7BD&originRegion=eu-west-1&originCreation=20221107142820>.

99 There are already high-level political training courses conceived as “schools of democracy”: however, it would be desirable to establish the foundation of these kind of schools that were not only directed to a small circle of educated young people, but also to a wider audience, that is, to citizenship in a broader sense.

100 L. VIOLANTE, *Società civile e istituzioni*, cit., pp. 1-10; G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007, p. 69.

101 L. VIOLANTE, *Società civile e istituzioni*, op. cit., pp. 1-10.



researchers. This is not merely an academic question, as the repercussions of the lack of linguistic clarity are reflected on the whole of society, generating divisions among people and keeping the possibility of creating truly participatory political systems away¹⁰².

Participation is most effective and efficient when it is part of an overall strategy; participation in education would be essential for forming new generations who have internalized the value of debate and democratic participation, but very few schools and communities have such a plan.

Participation in education happens sporadically and inefficiently, above all due to the disconnection between the educational institution and the family; these two entities, instead, should be in constant communication to guarantee an all-round formation of the individual. The current processes within the school system limit the chances of effective public participation in education. There is a constant reflection on new measures to be implemented: communities and scholastic institutions, having verified the existing resources, must prepare

102 T. NABATCHI and M. LEIGHNINGER, *Public Participation for 21st Century Democracy*, Jossey-Bass, Hoboken, 2015, p. 323. On the issue of participation, see also S.C. AMES, *Stewarding the Future of Our Communities*, Orton Family Foundation, Shelburne, 2012; G.L. ANDERSON, *Toward Authentic Participation: Deconstructing the Discourses of Participatory Reforms in Education*, in *American Educational Research Journal*, vol. 35, n. 4, 1998, pp. 571-603, <https://journals.sagepub.com/doi/10.3102/00028312035004571>; M. CASPE and M.E. LOPEZ, *Lessons from Family-Strengthening Interventions: Learning from Evidence-Based Practice*, Harvard Family Research Project, Cambridge, 2006; W.W. CUTLER III, *Parents and Schools: The 150-Year Struggle for Control in American Education*, University of Chicago Press, Chicago, 2000; S.L. DAUBER and J.L. EPSTEIN, *Parent Attitudes and Practices of Parent Involvement in Inner-City Elementary and Middle Schools*, The Johns Hopkins University Center for Social Organization of Schools, Baltimore, 1989; J.L. EPSTEIN, *School, Family, and Community Partnerships: Preparing Educators and Improving Schools*, Westview Press, Boulder, 2011; A. FUNG, *Empowered Participation: Reinventing Urban Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2004; N.E. HILL and D.F. TYSON, *Parental Involvement in Middle School: A Meta-Analytic Assessment of the Strategies That Promote Achievement*, in *Developmental Psychology*, vol. 45, n. 3, 2009, pp. 730-763, 10.1037/a0015362; C. HOENE, C. KINGSLEY and M. LEIGHNINGER, *Bright Spots in Community Engagement: Case Studies of U.S. Communities Creating Greater Civic Participation from the Bottom Up*, National League of Cities, Washington, 2013; M. LEIGHNINGER, *The Next Form of Democracy: How Expert Rule Is Giving Way to Shared Governance... and Why Politics Will Never Be the Same*, Foreword by U.S. Senator Bill Bradley, Vanderbilt University Press, Nashville, 2006; M. LEIGHNINGER, *Creating Spaces for Change: Working Toward a "Story of Now" in Civic Engagement*, W.K. Kellogg Foundation, Battle Creek, 2010; M. LEIGHNINGER, *Infogagement: Citizenship and Democracy in the Age of Connection*, Philanthropy for Active Civic Engagement, Washington, 2014; H.B. WEISS, M.E. LOPEZ and H. ROSENBERG, *Beyond Random Acts: Family, School, and Community Engagement As an Integral Part of Education Reform*, Harvard Family Research Project, Cambridge, 2010; P.P. WILLEMS and A.R. GONZALEZ-DEHASS, *School-Community Partnerships: Using Authentic Contexts to Academically Motivate Students*, in *School Community Journal*, vol. 22, n. 2, 2012, pp. 9-30, <https://www.adi.org/journal/2012fw/WillemsDeHassFall2012.pdf>.



a plan of participatory activities to be promoted, in order to generate an educational system with a democratic character¹⁰³.

To think politically, it is necessary to learn to think critically, that is, to be able to judge news and facts independently of the environment in which one is involved¹⁰⁴. The issues of formal political education, such as civic training for adults and youth, in school or extra-school contexts, are essential, but it is necessary to take one step further, in order to pass from the theoretical to the concrete side: an inescapable part of educational processes is the education of “political emotions”, which means to adopt an active and at the same time reflective attitude, as well as to gain a critical distance. Political education represents the consequence of exercise and experimentation, that is, the result of the conjunction of Dewey’s pedagogical principle of “learning by doing” with forms of “community participation”¹⁰⁵.

Participation constitutes the way to significantly reduce the gap between the masses and the political class¹⁰⁶. According to this vision, aware and conscious public participation is philosophically and practically the core of a new political system, in which people, capable of recognizing tendentious populist maneuvers, can actually be an active part of new participatory forms of democracy¹⁰⁷.

103 T. NABATCHI and M. LEIGHNINGER, *Public Participation for 21st Century Democracy*, *op. cit.*, pp. 78 and 109-110.

104 See C.A. HANSMAN and P.A. SISSEL (eds.), *Understanding and Negotiating the Political Landscape of Adult Education*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.

105 L. MORTARI, *Agire con le parole*, in L. MORTARI (a cura di), *Educare alla cittadinanza partecipata*, Mondadori, Milano, 2008, pp. 1-65, at 55-57.

106 C. SECCI, *A Modern Political Education*, *cit.*, pp. 77-91, at 88-89.

107 T. NABATCHI and M. LEIGHNINGER, *Public Participation for 21st Century Democracy*, *cit.*, p. 305. See also M. TOUCHTON and B. WAMPLER, *Improving Social Well-Being Through New Democratic Institutions*, in *Comparative Political Studies*, vol. 47, n. 10, 2014, pp. 1442-1469, <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0010414013512601>.



THE INTER-CONSTITUTIONAL RIGHT-DUTY TO A STABLE CLIMATE. SCIENTIFIC EVIDENCE AND CONSTITUTIONAL PROBLEMS AT STAKE*

Franco Sicuro **

ABSTRACT: La tecnica dell'interpretazione "intercostituzionale" sembra in grado di costruire un diritto-dovere al clima stabile e sicuro, così da indurre le Assemblee legislative ad occuparsi, con dovizia ed effettività, delle possibili soluzioni normative per fronteggiare il cambiamento climatico antropogenico. L'"intercostituzionalità", infatti, come si vedrà intesa quale attività ermeneutica tesa ad integrare i principi e le regole costituzionali presenti nelle Carte fondamentali diffuse a livello sovra- ed internazionale, sembra vivere fisiologicamente nell'attività interpretativa delle Corti piuttosto che nella concreta integrazione tra Carte costituzionali materiali. Ciò appare tanto più vero quando si ragiona di giustizia climatica, anche a causa dell'estrema rarefazione dei riferimenti al clima nelle Costituzioni degli Stati. Di talché, giudici comuni e costituzionali sembrano essere i principali soggetti istituzionali in grado di soddisfare, caso per caso (ma non senza capacità prospettica), le incessanti istanze di giustizia provenienti dalla realtà sociale, sempre più radicate nelle recenti acquisizioni scientifiche. Di fronte a questioni globali come il cambiamento climatico, quando in discussione sono i diritti fondamentali, non sembra si possa ignorare il prodotto dell'interpretazione derivante dal dialogo tra le Corti nazionali e sovranazionali, chiamate ad adeguare il dato scientifico ai concreti risvolti della realtà normativa.

ABSTRACT: The inter-constitutional interpretation technique seems able to build a right-duty to a healthy and liveable climate to order the national legislature to significantly tighten up the current climate law provisions. Indeed, inter-constitutionality seems to physiologically live within the interpretative activity of the Courts rather than in the concrete integration between material constitutional Charters. This appears even more convincing when addressing climate justice because of the extreme limitation of references to the climate in the State Constitutions. Therefore, ordinary, and constitutional judges seem to be the main actors able to satisfy, case by case, the incessant instances of justice coming from the social reality rooted in the latest scientific findings. Well then, facing global issues such as climate change, one cannot ignore, when discussing fundamental rights, their interpretation offered by the supra and international Courts, as well as the courts of any degree of each State.

SUMMARY: 1. Introductory notes - 2. Climate justice, between technique and democracy - 3. Climate justice and its global spread - 3.1 In Europe: from the *Urgenda* case to the *Neubauer*



case - 3.2. In the U.S.A.: from the *Juliana et al. v. Us.* case to *Held v. State of Montana* case - 3.3. In the Latin American constitutionalism: the *Generaciones Futuras v. Minambiente* case - 4. Climate justice and the inter-constitutional interpretative technique - 5. The Courts and the protection of future generations in the climate lawsuit - 6. Towards an inter-constitutional right-duty to a stable, safe climate?

1. Introductory notes

Climate change poses an unprecedented challenge to the law, notably to constitutional law. Indeed, the dangers made by anthropogenic global warming requires normative provisions that cannot be left to the fragmented sovereign will of the Nation States, even if the urgency of the matter for the future of humanity can only be addressed within the framework of the state-capitalist systems¹. Therefore, constitutional law seems to be called today to perform an enormous task of limiting - and not reproducing and consecrating - those freedoms that have characterized its genesis and historical function.

These arguments led some scholar to seriously question the capacity of the law to deliver «an adequate response to the urgent problem of climate change» which «presents a challenge of unprecedented global complexity for the legal systems». Indeed, «there is a profound and counterproductive discrepancy between the complexity of the climate system as part of a living planet, and law's fundamentally fragmentary response, which remain locked (in the main) within path-dependent priorities, boundaries and disciplinary»².

Therefore, the discussion below aims to investigate how the inter-constitutional interpretative technique³ may concur to build an earth legal system able to address climate

1* Il presente contributo è frutto della rivisitazione del testo della relazione tenuta nell'ambito del Convegno internazionale Leiden Law Conference 2022 - *"The Court as an Arena for Societal Change"* svoltosi nell'Università di Leiden nei giorni 8-9 luglio 2022.

** *Ph.D.* in Diritto costituzionale nell'Università di Bari.

In this regard, N. CHOMSKY - R. POLLIN - C.J. POLYCHRONIOU, *Climate Crisis and the Global Green New Deal: The Political Economy of Saving the Planet*, Verso Books, 2020, p. 190.

2 A. GREAR, *Towards 'Climate Justice? A Critical Reflection on Legal Subjectivity and Climate Injustice: Warning Signals, Patterned Hierarchies, Directions for Future Law and Policy*, in 5 *J. Hum. Rights Environ.*, 2014, pp. 103-104.

3 To use the words of GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari, 2015, p. 71, the inter-constitutional interpretative technique is «that practical moment of law - perhaps the "highest" in modern constitutional systems - in which judges transform the traditional "validity" of legal provisions into the "effectiveness" of legal norms guaranteeing fundamental rights, overcoming the interpretative limitations linked to the national territory only. To satisfy the demands of justice coming from the social context, the interpreter strives to overcome the indispensable (but not all-encompassing) dimension of the formal validity of the law, when rather than guaranteeing the legitimate expression of fundamental rights, it stifles them in the authoritarian legality of a power



change. When deciding on a dispute concerning the violation of fundamental rights threatened by global climate change, national courts can only accept the latest scientific findings, which inevitably flow into the legal argument in a boundless hermeneutic circle. In so doing, the courts are entitled to adapt national legislative provisions to an inter-constitutional legality in which the same principles of the material Constitutional Charters may effectively ensure the protection of the biosphere including the scientific evidence⁴.

In this way, in the transition from the (still official geological epoch of the) Holocene to the Anthropocene⁵, States must adopt policies to contain anthropogenic climate change and biodiversity loss, thus providing legal significance «to the relationship between scientific truths in the climate system and human visions of coexistence on Earth»⁶. In other words, anthropogenic earth system disruptions caused by climate change binds courts and legislatures to build a science-based regulatory context to better respond to it. In fact, the unofficial Anthropocene Epoch «accounts for the relationships between the ‘scientific’ and the ‘political’ implications’ of hearth system transformation caused by humans»⁷.

Without claiming exhaustivity, this is a constitutional law paper with the aim of verifying that protecting the climate system requires considering the influential role of all formants⁸, Acts of Parliament, courts judgments, constitutional revisions, and environmental activism as «lawyers’ formants»⁹. Indeed, climate change causes or increases many inequalities (economic, social, demographic, and cultural) mainly suffered by people with limited access to decision-

always ready to hide itself (...) in the traditional legal formalism». The same Author develops the aforementioned theory in ID, *Il valore normativo dell’attività interpretative-applicativo del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, pp. 1 ss.

4 On the relevance of scientific data in the court decisions see S. PENASA, *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico nell’esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015.

5 For more detailed studies in this regard, see L.J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Hart Publishing, 2016; J.R. MAY - E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene*, il Mulino, Bologna, 2022; N. WALLENHORST - C. WULFF (eds.), *Handbook of the Anthropocene. Humans between Heritage and Future*, Springer, 2023.

6 To use the words of M. CARDUCCI, voce *Giustizia climatica*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, 2022, p. 1.

7 D. CHERNILO, *The Question of the Human in the Anthropocene Debate*, in *20 Eur. J. Soc. Theory* 44, 2017, p. 45.

8 With respect to the concept of legal ‘formant’, see R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *Am. J. Comp. L.*, no. 1, 1991, pp. 1-34.

9 See S. BAGNI, *La costruzione di un nuovo “eco-sistema giuridico” attraverso i formanti giudiziale e forense*, in *DPCE online*, 2021, p. 1029.



making processes or justice¹⁰. Thus, these people often reach out to courts arguing that according to national and international law, States and their (or private) corporations must correct its unambitious climate policies that produces the violation of their fundamental rights. In this way, the full recognition of the right to a stable climate can be better achieved through the lens of the inter-constitutional interpretative technique, thus revealing the openness of constitutional principles (such as those of equality or dignity) to gain further normative meaning in the application of rights and principles contained in material Constitutional Charters of other national and supranational systems¹¹. In other words, principles such as equality, environmental protection and the dignity of every living being do not have a national identity. This is the great value of the method of intercostituitonality. Not surprisingly, the plaintiffs frequently use these foreign constitutional arguments as well as scientific findings to challenge current climate policies adopted by the State and to give new strength to local constitutional principles and rights, such as the right to a healthy living environment (including a livable climate). As a result, these interpretative convergences between constitutional realities may lead countries throughout the world to build up a new constitution drafting process to similarly adopt human rights related to environmental (and climate) governance¹². In short, the inter-constitutional interpretative convergences precede the material integration between principles contained in countries constitutional charters.

2. Climate justice, between technique and democracy

In this scenario, even the traditional concept of constitutional democracy is under discussion. Indeed, «the "classical" categorizations of the European and North American

10 As underlined by the *Join Statement on Human Rights and Climate Change* (2019), «It is to be welcomed that national judiciary and human rights institutions are increasingly engaged in ensuring that States comply with their duties under existing human rights instruments to combat climate change» (no. 7).

11 For instance, in the Belgian case *Klimaatzaak* the claimants state that Belgian constitutional rights should be read in the light of the Articles 2 and 8 ECHR, enlarging their constitutional meaning. More generally, the recognition of a right to a stable and safe climate is pursued through reference to regulatory sources, including extra-state ones, based on the most recent scientific acquisitions and oriented from an inter-temporal perspective (the reference to future generations is constant), to allow judges to overcome the constraints of legislative data alone and to develop solutions that can also be circulated in other states. For instance, as will be seen better in the text, in the Belgian case *Klimaatzaak* the claimants highlight the temporal and the extra-territorial dimension of climate change also to clarify the ecosystemic declination of the causal link and the obligations of the various countries to take maximum measures to reduce it. In this way, faced with global issues such as climate change, when fundamental rights are in question, it does not seem possible to ignore the product of the interpretation deriving from the dialogue between national and supranational courts, called to adapt the scientific data to the concrete implications of the regulatory reality.

12 In this regard, see J.C. GELLERS, *The Global Emergence of Constitutional Environmental Rights*, Routledge, 2018.



democratic systems» are based on «anthropomorphic requirements of representativeness and freedom that define democracies exclusively human responsiveness»¹³. On the other hand, the protection of the current and future generations against anthropogenic climate change requires that «between democracy and nature, between negotiable or deliberative choices and coercion in the name of the “*pro-Natura*”, the latter must prevail, not only to meet "non-balanceable" needs, but above all to pull the constitutional regulations in a different, non-negotiable direction»¹⁴. In other words, the legitimacy of law-making is not only situated in majority decisions within the political institution but rather in the latest scientific findings which allow life regeneration in the earth¹⁵. In fact, considering the scientific method's perpetual questioning, some scholar suggests that the technical-scientific findings supporting climate change eliminates any potential for human skepticism. The lack of full scientific certainty shall not be used as a reason to adopt unambitious climate policies or postponing them, but rather a call to action to fulfil our obligations to the environment and preserve our humanity on this planet¹⁶.

In this regard, the latest scientific findings seem to become the measure of constitutional freedoms, notably the economic ones, within a world where scientific artifice will make it possible what was “natural” life. In fact, in all the climate cases so far, the fact of the anthropogenic climate change claimed by the plaintiffs based on scientific assessments of - among other - the IPCC is not disputed in the courtrooms. In so doing, taking action to protect healthy and livable climate requires to recognise the importance of human and non-human beings in the biosphere. Considering the *Nuevo Constitucionalismo* of Andean countries, some scholars have suggested a shift towards a new type of State known as the Caring State. This model entails the government taking responsibility for the welfare of every member of the community, as well as promoting a culture of mutual care and concern for individuals and the environment as the key factor of the biotic community¹⁷.

This scenario imposes to re-think about the traditional legal boundaries of the role of the judiciary in constitutional democracy since courts judgments could amend or update climate

13 See A. GUSMAI, *Right to Food and " Tragedy " of the Commons*, in *Revista Jurídica Científica do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau*. Vol. 20, n. 41. Blumenau, CCJ - FURB, 2016, p. 13, according to whom «in the "name" of nature, the power cannot be fully democratic, because it would fall into the self-destructive «human stupidity» above denounced from biologists and ecologists».

14 *Ibidem*.

15 See Q. CAMERLENGO, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Mimesis, Milano-Udine, 2020, pp. 95 ss.

16 See M. CARDUCCI, voce *Giustizia climatica*, p. 10.

17 In this respect, see the reflections of S. BAGNI, *Dal Welfare State al Caring State?*, in ID., (eds.) *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, pp. 19 ss.



policies away from the latest scientific findings. It appears necessary to put in the legal sphere the continuous scientific knowledge to avoid «The Sixth Extinction»¹⁸. It is not an easy-to-fix problem because of the very close link that envelops science («*ou l'enjeu du siècle*»¹⁹) with the economy and ideology of development, as well as the need to ensure the independence of scientific sources from party interest.

These issues are already evident in the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC): Article 2 aims to prevent human-made interference with the climate system, while Articles 3 and 4 prioritize sustainable development establishing an open international economic system, even if the Article 3 unfolded the principle of the protection of the climate system and the precautionary principle. Recently, international sources have clarified the obligation of states to adjust to the scientifically proven parameters that are universally accepted: both the thirteenth UN Sustainable Development Goals («*Acting urgently to combat climate change and its impacts*») and the Dec. 1/CP21, which, among others, is formally drawn the normativity of the UNFCCC's Reports. Moreover, the Paris Agreement aims to address human-caused climate change, even though it may not explicitly prioritize the climate emergency over economic development needs (as outlined in Articles 4, 6, 8, and 14). Furthermore, the IPCC's Special Report on Global Warming 1.5°C in 2018 highlights the urgency of addressing the climate emergency as a top priority for all nations to work together on by 2030, in a future-oriented perspective²⁰. The European Union has incorporated

18 See R.E. LEAKEY - R. LEWIN, *The Sixth Extinction: Patterns of Life and the Future of Humankind*, Doubleday, 1995.

19 See J. ELLUL, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Colin, Paris, 1954.

20 The duty of interstate cooperation to prevent and mitigate the harmful effects of human-made pollution on the ecosystem dates to the UN Conference on the Human Environment (UNCHE) held in Stockholm in 1972. In fact, in the following Declaration was underscore the «*solemn responsibility*» of current generations to «*protect and improve the environment for present and future generations*» (Principle 1).



international sources through European Regulations No. 2018/842²¹, 2018/1999²², 2020/852²³, and 2021/1119²⁴, which are directly applicable to Member States and include scientific and normative provisions²⁵. In this respect, the European Parliament resolution of 15 January 2020 on the *European Green Deal* (2019/2956 (RSP)) provides «*that all people living in Europe should be granted the fundamental right to a safe, clean, healthy and sustainable environment and to a stable climate, without discrimination, and that this right must be delivered through ambitious policies and must be fully enforceable through the justice system at national and EU level*»²⁶.

21 The Regulation (EU) 2018/842 establishes obligations for Member States «*with respect to their minimum contributions for the period from 2021 to 2030 to fulfilling the Union's target of reducing its greenhouse gas emissions by 30 % below 2005 levels in 2030*» (art. 1) in the sectors of «*energy, industrial processes and product use, agriculture and waste as determined pursuant to Regulation (EU) No. 525/2013*» (art. 2). The Regulation (EU) 2018/842 «*also lays down rules on determining annual emission allocations and for the evaluation of Member States' progress towards meeting their minimum contributions*» (art. 1).

22 This Regulation establishes a mechanism to govern the implementation of strategies and measures intended to meet the objectives and targets of the Energy Union and the long-term commitments of the European Union towards reducing greenhouse gas emissions, in line with the Paris Agreement. For the initial ten-year period from 2021 to 2030, this includes the Union's energy and climate targets for 2030. The mechanism aims to promote cooperation among Member States, including regional cooperation where appropriate, to achieve the objectives and targets of the Energy Union. Additionally, it ensures that the Union and its Member States report in a timely, transparent, accurate, consistent, comparable, and comprehensive manner to the UNFCCC and Paris Agreement Secretariat.

23 «*Given the systemic nature of global environmental challenges*», this Regulation recognized that «*a systemic and forward-looking approach to environmental sustainability is needed that addresses growing negative trends, such as climate change, biodiversity loss, global overconsumption of resources, of food, ozone depletion, ocean acidification, deterioration of freshwater systems and changing earth systems, as well as the emergence of new threats, such as hazardous chemicals and their combined effects*». To achieve these ambitious goals, the Regulation (EU) 2020/852 establishes a framework to facilitate sustainable investments and amends Regulation (EU) 2019/2088, introducing *criteria* for environmentally sustainable economic activities and calling for transparency of environmentally sustainable investments and of financial products.

24 The 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'). In the awareness that «*A fixed long-term objective is crucial to contribute to economic and societal transformation, high-quality jobs, sustainable growth, and the achievement of the United Nations Sustainable Development Goals, as well as to reach in a just, socially balanced, fair and cost-effective manner the long-term temperature goal of the Paris Agreement*», the Regulation (EU) 2021/1119 commits the European Union to intensify its efforts «*to tackle climate change and to delivering on the implementation of the Paris Agreement adopted under the United Nations Framework Convention on Climate Change (...), guided by its principles and on the basis of the best available scientific knowledge, in the context of the long-term temperature goal of the Paris Agreement*».

25 In this respect, see Italian Civil Cassation, injunction no. 4568/21 and injunction no. 7343/21.

26 For more detailed studies on the *European Green Deal*, see J. VAN ZEBEN, *The European Green Deal: The future of a polycentric Europe?*, in *European Law Journal*, n. 26/2022, pp. 300 ss.



However, the right to a healthy and liveable climate is not formally recognised in the Constitutions of the European countries but emerges from the interpretative convergences of the courts that we defined inter-constitutional interpretative techniques.

Therefore, to better understand the upcoming general discussions, we have selected certain relevant high-profile cases placed before constitutional or ordinary jurisdictions that either see climate change as the central issue raised in court or that have a notable outcome on governments' climate policies. The decision to discuss non-constitutional cases originates from the following issues. First, it deals with the fact that some legal system does not provide for a constitutional complaint or does not establish a constitutional jurisdiction²⁷; second, with the similar nature of plaintiffs (environmental movements, young legal associations, etc.) who stand up for the collective legal interests of current and future generations threatened by climate change; third, with the evocated responsibility of the State to do 'its part' to prevent dangerous climate changes; ultimately, with the systematic constitutional interpretation which in jurisdictions with centralised constitutional adjudication has expanded the reach of constitutional interpretation up to ordinary courts. As a result, many courts now develop constitutional law, not just those specifically designated for it. These courts communicate with each other, creating a shared constitutional material fed by the meanings that constitutional principles assume in the application of the Charter of Rights of other national and supranational systems²⁸.

Moreover, plaintiffs use the same arguments in different climate cases, in order to induce States to meet of their obligations. In doing so, «it is aimed at influencing public policy and at producing social change demanding climate justice to protect human rights, the adoption of regulations in conformity with international standards, the mitigation of greenhouse gases, adaptation to the impact of climate change, as well as compensation for climate-associated loss and damage»²⁹. In this respect, in Europe, was significant the *Climate Litigation Network* offered by the Dutch *Urgenda*. Indeed, the Dutch Foundation achieved the first conviction of a State for civil liability since its unambitious policies to prevent the damage caused by anthropogenic

27 In this respect, D. MARKELL - J. B. RUHL, *An Empirical Survey of Climate Change Litigation in the United States*, in *Envtl. L. Rep.*, n. 40/2010, p. 10644, have provided a general definition of climate justice, understanding it as «any piece of federal, state, tribal, or local administrative or judicial litigation in which the party filings or tribunal decisions directly and expressly raise an issue of fact or law regarding the substance or policy of climate change causes and impacts».

28 In doing so, constitutional, and ordinary Courts worldwide implemented a kind of jurisprudential cross-fertilization, evidencing the increased role of the judiciary in advancing the strategy to address global climate change and to protect citizens' fundamental rights threatened by it. This kind of jurisprudential cross-fertilization concurs to achieve the uniformity of interpretation of the national or international sources on climate stability aimed by the inter-constitutional interpretative technique.

29 S. BALDIN, *Towards the judicial recognition of the right to live in a stable climate system in the European legal space? Preliminary remarks*, in *DPCE online*, n. 2/2020, p. 1423.



climate change, which may lead to irreversible and serious consequences for humankind and the environment³⁰. Thus, environmental activists use consistent and similar arguments in various climate cases to achieve a global outcome based on the latest scientific findings that bind States, which shows an evident constitutional meaning. In this way, within the limits of their powers³¹, judges may amend current climate policies that disregard the latest scientific findings and may contrast greenhouse gas emissions caused by States and private corporations. Then the judiciary could hold the power to provide an effective response in matters that require an integrated, multilevel, and scientific approach. As we said, this response seems to be improved by the inter-constitutional interpretative technique through constitutional provisions codifying fundamental rights to a healthy environment gained in strength, notably for future generations.

3. Climate justice and its global spread

The rise of climate litigation worldwide carries with it several questions regarding the role of the judiciary to correct unambitious States' efforts to address the climate emergency and to tackle the violation of citizens' fundamental rights threatened by global climate change. In different countries, individuals and legal associations reach out to court's arguing that some national policies are incompatible with some of their fundamental rights, thus invoking the duties of the State to protect of them.

In this way, we discuss climate lawsuits in Europe, North and South America that have contributed to grew up the level of ambition of State's climate policies. Moving from the analysis of the cases below, constitutional, or ordinary courts often held there is a specific obligation on the State to adequate its climate policies to national, international, and scientific sources to address climate change. Importantly, in the decision of the German Constitutional Court in *Neubauer et al. versus Germany*, the Court ordered the legislature to correct its current climate policies, thus embracing «a planetary perspective in the context of the Anthropocene trope (...) when adjudicating matters related to global disruptors such as climate change that affect all earth system processes and everyone - humans and non-humans - everywhere, now and in future»³². By contrast, in other countries (such as in the U.S.A.), Courts frequently

30 See P. MADDALENA, *Ambiente e biosfera: la rovina del pianeta e quella del territorio*, in *Questa Rivista*, n. 3/2023.

31 On the issues related to the role of the judiciary in advancing the strategy to address global climate change see M. MAGRI, *Il 2021 è stato l'anno della "giustizia climatica"?*, in *Questa Rivista*, n. 4/2021, pp. 12 ss.

32 L.J. KOTZÉ, *Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?*, in *German Law Journal*, n. 22/2021, p. 1425.



applies principles of proportionality and reasonableness in order to not interfere with the legislature policies.

Although often rooted in a human-centred perspective, climate lawsuits afford several elements that suggest identifying an inter-constitutional duty of liveable climate on the State and (trans-)national corporations. The inter-constitutional interpretative technique involves constant historicization of the national law by borrowing further normative meanings from external sources to enhance the existing constitutional order to protect people against future limitations of freedom. This approach is developed by judges with the aid of various scientific sources often invoked by plaintiffs to guide the interpretation of relevant fundamental rights, thus advancing a future-oriented constitutionalisation of a healthy and liveable climate.

3.1. In Europe: from the *Urgenda* case to the *Neubauer* case

The European climate lawsuits seem to have common features, such as the active role taken by the judiciary power even in the civil law system, despite the diversity of each legal system and tradition.

To begin with, the consistent element appears to be the international and European commitments that require countries to implement their current climate policies to reduce the levels of CO₂ in the atmosphere and prevent surpassing the tipping points identified in the IPCC report V. Moreover, through reference to the IPCC's reports, the national climate policies are regularly updated on the most current scientific knowledge. So doing, the latest scientific findings become a condition of the legitimacy of the same law. In this way, in the Italian *Giudizio Universale* case, climate advocacy groups argue that scientific sources become an interposed parameter of the constitutionality³³ of the current climate policies of the State. In addition, the case law that will be discussed seems to be united by the full awareness of the global dimension of climate change.

As it has been said at the beginning, the Dutch *Urgenda* provided a concrete *Climate Litigation Network* used by various environmental associations active in the prevention of climate change. This *Climate Litigation Network* has brought to speak of «lawyers formants» aimed to produce a global result through «pre-judicial dialogue»³⁴. Thus, these «lawyers formants» concur to recognise an inter-constitutional right-duty to a stable climate "from below", starting from the dynamic assemblage of shared appeal schemes used by plaintiffs to contrast unambitious climate policies of the State. Once again, the duty precedes the rights, although, before the judges, plaintiffs usually rely more on the violation of the latter, rather than the former.

33 To use the words of C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

34 S. BAGNI, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico"*, cit., pp.1053.



Against the similar claim of the plaintiffs, Courts provide quite different interpretative solutions.

For instance, in the *Urgenda* case the Court of Appeal agreed with *Urgenda* that the European Convention on Human Rights could be directly invoked in the case because the State has a positive obligation to protect the «right to life» (under Article 2 ECHR) and the «right to respect for private and family life» (Article 8 ECHR), thus condemning the Dutch State taking measures based on international climate science and international policy documents the Dutch State itself signed. It is widely accepted by these sources that the Earth will suffer irreversible damage once its temperature increases by an average of 2°C. To prevent this, developed countries must reduce their emissions by 25-40% compared to 1990 levels by 2020. The Court found that the State had acted unlawfully under tort law by reducing emissions by less than 25%. This decision also prioritizes the rights of future generations by holding the Dutch State accountable for its climate-related obligations.

By contrast, in the Belgian case *Klimaatzaak* the Francophone Court of Brussels stated that legal persons aiming for climate protection have sufficient interest necessary to get standing for legal action concerning the violation of climate and environmental law but refused to recognise the binding nature of the IPCC reports for the Belgian State. So doing, the Francophone Court of Brussels concluded that it does not have the power to bind the Legislature to the specific parameter established by international and scientific sources, thus reiterating a dogmatic concept of the tripartition of powers doctrine, in contrast with the aim of the plaintiffs, which is to obtain an efficacy climate regulation through litigation. However, on 30 November 2023, the Brussels Court of Appeal found that the climate action of the federal authorities and the regions of Brussels and Flanders violated Articles 2 and 8 of the ECHR and their duty of care. Partially reversing the first instance judgment, the Court of Appeal imposed binding minimum greenhouse gas emissions reduction targets to be achieved by 2030, thereby following in the footsteps of the Dutch *Urgenda* case.

Another relevant European climate lawsuit is the French case *Affaire du Siècle*. Four NGOs (*Notre Affaire à Tous*, *Greenpeace France*, *Oxfam France* and *Fondation pour la Nature et l'Homme*) brought an action before to the Administrative Court of Paris to claim the state's responsibility for «l'illégalité de l'inaction climatique» and «le préjudice écologique cause». In fact, the French Civil Code expressly punishes the «préjudice écologique» (art. 1246), defined by art. 1247 c.c. as «une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement». In this way, after recognising standing to the plaintiffs, the Court established the responsibility of the State for the «préjudice écologique» caused the cutting of greenhouse emissions. In addition, it seems very relevant that French applicants referred to «un consensus normative (voire d'une conscience juridique)» to protect «le droit de vivre dans un



système climatique soutenable». This argument provides proof of the aforementioned ‘pre-judicial dialogue’ preceding climate litigation.

The right to live in a healthy climate is also invoked in the Italian case *Giudizio Universale*, even if no substantive judgement has yet been issued. A coalition of environmental groups challenged in court the validity of the current climate policies issued by the Italian State, arguing that they violate scientific evidence fixed by UNFCCC’s report. According to the plaintiffs, the unambitious national policies on climate change have damaged several of their fundamental rights, even if they do not claim compensation for climate-associated loss and damage (which is symbolic). Indeed, they aim to identify the binding nature of scientific sources on anthropogenic climate change fixed in international and European sources, such as UNFCCC. Furthermore, the complaint clarifies for the first time the object of a right to a stable climate, arguing that the State must protect the stability of the global climate system. Just like in the *Urgenda* case, although climate change is acknowledged as a global problem, this does not release the State from its duty to be responsible towards others, since the responsibilities of the Italian Republic are enshrined in precise domestic constitutional obligations (the renewed Article 9 and Articles 10, 11 and 117).

In the field of constitutional adjudication, youth climate activists brought a constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*) directly to the Federal Constitutional Court of Germany. The Court ruled that part of the Federal Climate Act (*Klimaschutzgesetz*) was inadequate because the German Parliament did not regulate the post-2030 GHG reduction process effectively or stringently enough, shifting the burden of much more significant GHG reductions onto future generations, who will have to bear a much greater effort than that required until 2030 to achieve the climate neutrality goals, which the law sets at 2050.

As it can be inferred by the Court’s ruling, even if «Art. 20a GG does not entail any subjective rights, (...), It is true that the protection mandate laid down in Art. 20a GG compasses climate action (...) » and «It is also a justiciable provision». Based on the scientific literature available, the Tribunal understands that the constitution mandates that government action must result in achieving climate neutrality. It requires political and legal intervention starting at the state level and extending globally.

By the judgements on climate change, the State cannot use the inaction of other states as an excuse for its ineffective response. The institutions of the Federal Republic of Germany have specific domestic constitutional obligations that they must fulfil. Foremost, the *BVerfG* clarifies that «The amount of time remaining is a key factor in determining how far freedom protected by fundamental rights will have to be restricted - or how far fundamental rights may be respected - when making the transition to a climate-neutral society and economy» (§ 121). It means that the relative mildness or severity of the restrictions on freedoms depends on how much time remains to reduce greenhouse gases. Moreover, the Court clarifies that the State is



obliged to protect plaintiffs' fundamental rights from any unjustified and independent delay in reducing greenhouse gases. When creating regulations to ensure specific rights, the legislature should consider the future and not only current conditions, because present actions will determine the circumstances in which future generations can enjoy the same liberties (*intertemporale Freiheitssicherung*³⁵). Given the central position held by *BVerfG* in the Constitutional order, the Tribunal gave the federal legislature until Dec. 31, 2022, to make necessary changes to the *Klimaschutzgesetz*, as it contained unconstitutional provisions. A new constitutional complaint was brought in January 2022 to verify if the new emission reduction targets comply with IPCC's Report which has been rejected.

In short, the decision by the German Constitutional Court in *Neubauer et al. versus Germany* has brought Louis J. Kotzé to underline that «Neubauer offers an example of how courts could and should start following a planetary perspective that is grounded in the Anthropocene context when adjudicating matters related to global disruptors such as climate change that affect all earth system processes and everyone - humans and non-humans - everywhere, now and in future»³⁶. Indeed, the Constitutional Tribunal «has managed to adjudicate the matter not purely from a traditional and localized domestic context as one would expect», but it «has innovatively managed to embrace a more holistic planetary view of climate science, climate change impacts, planetary justice, planetary stewardship, earth system vulnerability, and global climate law, within the context of a human-dominated geological epoch, to guide its reasoning and findings»³⁷.

3.2. In the U.S.A.: from *Juliana et al. v. Us.* to *Held v. State of Montana* case

The rise of climate litigation in the U.S. goes back to 2007, with the landmark case *Massachusetts v. EPA*, where the Supreme Court held that a federal agency (such as EPA) could not invoke policy preferences to refuse to regulate carbon dioxide and other greenhouse gases, thus adopting an unambitious environmental policy.

On August 8, 2015, an environmental association (Earth Guardians), a climatologist former director of the NASA Goddard Institute for Space Studies (Dr James Hansen) acting on behalf of future generations, a group of young people claimed the District Court of Oregon a «complaint for declaratory and injunction relief» against the United States Government (*Juliana et al. v. US.*). According to a scheme later adopted in the European climate lawsuits, these plaintiffs claimed to recognise State's duty to prevent environmental harm that have compromised their «rights to life, liberty, and property», disregarding the Fifth Amendment. In doing so, the American «constitutional complaint» showed the active role of environmental

35 In this regard, see G. KIRCHHOF, *Intertemporale Freiheitssicherung*, Mohr Siebeck, 2022.

36 L.J. KOTZÉ, *Neubauer et al. versus Germany*, cit., p. 1425.

37 *Ibidem*.



and youth groups, acting for future generations, and the relevance of various scientific sources to address climate change.

However, on appeal, the rigid American declination of the doctrine of the separation of power led the Court to seriously doubt its power to correct government policies³⁸. In doing so, the inter-constitutional interpretative technique seems still far from being applied by American Courts. Indeed, the importance of economic rights poses a challenge in aligning State policies with scientific evidence and embracing bold interpretative solutions at a global level, such as those in Latin America.

Ultimately, on march 13, 2020, Rikki Held and fifteen other Montana young citizens filed a complaint for declaratory and injunctive relief against the State of Montana, challenging through the use of the *Public Trust Doctrine*, the constitutionality of Defendants' long-standing implementation of a fossil fuel-based state energy system that causes climate change in violation of their constitutional rights guaranteed under Article II, Sections 3, 4, 15, and 17; Article IX, Sections 1 and 3 of the Montana Constitution.

3.3. In the Latin America: The *Generaciones Futuras v. Minambiente* case

Not surprisingly, Andean climate change case law appears deeply divergent from the North American climate lawsuits. Indeed, the principles of *buen vivir* or *sumac kawsay* have led to the recognition of Nature as a '*sujeto de derechos*' or even a constituent subject (Ecuador Constituent Assembly of 2008, soon followed by Bolivia in 2009), according to the Andean cosmo-vision. The *buen vivir* principle is incorporated in the Andean constitutional law, requiring ambitious climate and environmental policies to limit economic irresponsible freedoms. Thus, Andean climate litigation offers fundamental constitutional arguments to recognise an inter-constitutional right-duty to live in a healthy climate even beyond the traditional rights-based approach.

In this paper, we discuss the *Generaciones Futuras v. Minambiente* case. In 2018, a group of young environmental activists brought an *Acciòn de Tutela* in Colombia against the federal government responsible for its unambitious climate policies causing significant damage to the Amazon rainforest. Therefore, the plaintiffs claimed to the Supreme Court of Justice of Colombia to impose on the Government the adoption of an intergenerational plan to achieve the ambitious goal of protecting Nature and its components (lithosphere, hydrosphere, atmosphere, and biosphere) with the widest possible participation of citizenship and scientific groups.

38 The content of the judgment is very different from the findings of European climate caselaw concerning the «recurrent objection to the justiciability of the application». In this perspective, see S. BAGNI, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico"*, cit., p. 1058.

After recognising the Colombian Amazon rainforest as «*sujeto de derechos*», the Supreme Court of Colombia has stated in favour of the applicants, acknowledging that there is a link between climate change and the infringement of basic human rights, as the former leads to the latter. In addition, contrary to the Nord American case law, the Court ordered the government to carry out an «intergenerational pact for the life of the Colombian Amazon» with the widest and most concrete participation of the scientist and the national community, to curb deforestation in the Amazon rainforest and concur limiting global warming³⁹.

The Supreme Court emphasized and strengthened the State's duty to protect the environment system and its components, particularly the Amazon rainforest, thus removing Nature from the compensatory logic of balancing. In doing so, the judgment prioritized the preservation of the environment as a whole, rather than just human interests.

The inter-constitutional interpretative technique cannot ignore this constitutional approach that could add further normative meanings to the European and North American strategies to address climate change. In other words, despite the resistance posed by Andean courts to open their constitutional framework to principles from others constitutional realities, the Andean cosmo-vision could enforce those «planetary perspective» that nourishes «planetary climate litigation», to use the words of Louis Kotzé. In short, the «planetary climate litigation» appears surrounded by interpretative convergences of national and supranational courts that concur to build an ambitious regulatory context to address global climate change.

4. Climate justice and the inter-constitutional interpretative technique

The aforementioned lawsuits suggest that courts will play an important role in contrasting unambitious States' efforts to address the climate emergency⁴⁰. Indeed, even the decision of the judges who showed a more deferential approach to legislature has relevant political effects, and they mostly involve preserving the existing economic model by which they are influenced.

In terms of general theory of law, the expansion of judicial activity has led to discuss of the advent of a neo-constitutionalism, a vision of constitutionalism adapted to the characteristics of today's «open constitutional state». Although the defining boundaries are blurred, neo-constitutionalism aims to introduce into caselaw a «cultural constitutional law»⁴¹, able to outline innovative interpretative convergences between different constitutional realities. In

39 Indeed, despite Colombia's international commitments to reduce the destruction of forests, the most recent statistics show that deforestation has increased by 44% between 2015 and 2016.

40 On the role of the judiciary in climate litigations, cfr. G. VIVOLI, *L'insostenibile leggerezza degli obiettivi climatici: come gli impegni assunti dagli Stati vengono presi sul serio dai giudici*, in *Questa Rivista*, n. 1/2022, pp. 1 ss.

41 This is a clear reference to the famous book of P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, 1998.



this way, «constitutional jurisprudence is (...) characterized by a case-law approach» that «certainly relativizes them in the application, but generalizes in inspiration», allowing «an articulated and fruitful relation to the jurisprudence of others who deal with similar cases, contributing to the formation» of a «common general cultural context»⁴². As with all “trans-epochal” phenomena, climate litigation also questions the belonging of the value “justice”, disputed between *lex* (i.e. the product of a majority) and *ius*, which arise in the interpretation of several interconnected documents of constitutional significance⁴³. In this perspective, the intellectual activity of the judge, whether ordinary or constitutional, can only consist of the constant historicization of the law, by which the judge borrows from the outside (from rights and principles contained in supranational documents) further normative meanings to be added to the pre-existing constitutional order. Such activity is not parallel, but crossed with the action of the legislature since it is the same indeterminate structure of principles and (inter)constitutional rights that has also extended to judges the responsibility for the management of constitutional democracies⁴⁴.

Hence, from an inter-constitutional perspective, are relevant not only each single Constitution but all those documents that aim to extend the protection of fundamental rights under threat due to the excessive concentration of CO₂ in the atmosphere. These charters, as the Constitutions with which they form an interpretative network, are nourished and regenerated using «other equally constitutional documents *quoad substantiam* (if not *quoad formam*)», generating an «“inter-constitutional” order» in which «every Constitution (in the material sense)» stands «as an “inter-constitution”», for the very fact of enclosing in itself the fundamental principle of openness to other Charters’ in a perspective of better protection of fundamental rights⁴⁵. However, according to the constant historicization in which the interpretative activity consists, inter-constitutionality seems to physiologically live within the interpretative activity of judges, rather than in the concrete integration between material constitutional charters⁴⁶. This appears even more convincing when addressing the problem of climate justice, because of the extreme limitation of formal references to the climate in the State

42 G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino, 2018, p. 104.

43 G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, pp. 132 ss.

44 In this respect, see A. GUSMAI, *Giurisprudenza, interpretazione*, cit., pp. 52 ss.

45 A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, pp. 10-11.

46 With respect to the dynamic approach of the inter-constitutional interpretative technique, see A. GUSMAI, *Giurisprudenza, interpretazione*, cit., pp. 52 ss.



Constitutions⁴⁷, as well as the resistance posed by Constitutions, with the only significant exception of South Africa, to explicitly adopt inter-constitutional perspectives⁴⁸.

Therefore, common, and constitutional judges appear to be the sole actors able to satisfy, case by case, the incessant instances of justice coming from the social reality⁴⁹. These instances, disregarded by the representative institutions, result in the demand for new fundamental rights, rooted even more in the results of scientific research. Well then, facing global issues such as climate change, one cannot ignore, when discussing fundamental rights, their interpretation offered by the supra and international Courts, as well as the courts of any degree of each State. In fact, as we said with the aforementioned climate lawsuit, claimed by people who suffered the irreversible damages made by anthropogenic climate change, judges may transform the traditional “validity” of laws into the “effectiveness” of legal norms guaranteeing fundamental rights, overcoming the interpretative limitations linked to the national territory only⁵⁰.

The inter-constitutional interpretation technique would seem to be more easily achievable in ordinary courts, rather than in the field of constitutional jurisdiction. Indeed, constitutional courts have frequently been highly jealous of their role as guardians of the State’s constitutional legality, not easily accepting to ground their reasoning on principles and arguments drawn from judgments of other national and supranational courts involved in the protection of fundamental rights.

In this regard, apart from the aforementioned U.S. Supreme Court caselaw, we shall also mention the Italian constitutional caselaw, since the Court, even recognising the existence of Charters of Rights that «are integrated, complementing each other in the interpretation»⁵¹, has ended to deny the inter-constitutional interpretative technique⁵². In these cases, the old statist

47 Indeed, only ten Constitutional Charters contain an explicit reference to the climate emergency, all of which belong to countries certainly not at the top for climate-altering emissions: Algeria, Ivory Coast, Cuba, Ecuador, Dominican Republic, Thailand, Tunisia, Venezuela, Vietnam, and Zambia.

48 Article 39 (of the *Bill of Rights*) states that «When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality, and freedom; b) must consider international law; c) may consider foreign law».

49 On these issues, see P. BARD, *In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law*, in *European Law Journal*, n. 27/2022, pp. 185 ss.

50 On the growing environmental constitutionalism see P. VIOLA, *From the Principles of International Environmental Law to Environmental Constitutionalism: Competitive or Cooperative Influences?*, in D. AMIRANTE - S. BAGNI (eds), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Routledge, London-New York, 2022.

51 Italian Constitutional Court, judgement no. 388 of 1999.

52 On the inter-legality, see J. KLABBERS - G. PALOMBELLA (eds.), *The Challenge of Inter-legality*, Cambridge University Press, 2019.



view still seems difficult to dismiss, thus hindering the emergence of transnational environmental law.

The *ius*, known as the material dimension of constitutional principles, thus tends to universalize itself, that is, to generate a sort of «common constitutional heritage» among States, in which seek instruments and arguments necessary for the protection of fundamental rights⁵³. Thereby, national, supra, and international legislatures (that produce provisions) and Courts (that find rules), simultaneously, are now involved in normative production, within an inter-constitutional system. In the field of climate and environmental politics, legislature, however, are often interested in adopting policies to slow down, in the name of unconfessed economic interests, the advent of a global *supra*-constitutionality, focused on the protection of fundamental rights and the implementation of inter-constitutional principles. A *supra*-constitutionality that, as has been recently envisaged, should lead to the establishment of an international Constitutional Court, called to interpret the constitutional principles common to all the States gathered in a kind of *Federation of the Earth* (art. 88 of the *Draft Constitution of the Earth*)⁵⁴.

If the establishment of an international Constitutional Court seems to be a far-reaching objective, the process of integration, already in progress, between the Charters and the Courts is transforming the traditional principle of legality into a more complex and real juridical principle (*i.e.* a principle of «*giuridicità*» as the former Italian constitutional court president Paolo Grossi advised)⁵⁵. Such principle appears more adherent to the plurality of public and social powers that make dynamic the inter-constitutional order for the protection of fundamental rights under threat due to climate change. Legislatures, judges, and public administrations, as constitutional bodies, concur as active protagonists of the constitutional development. Across their conflict, legislatures and courts control each other, to preserve the delicate balance of the (inter-)constitutional system of rights. In doing so, each one performs a substantial political function, aimed at the better protection of fundamental rights. Judges, indeed, interpret not only formal legislative provisions but also judicial scenarios, for their part interpreted by the scientific community. Even from a legal point of view, the irreversibility of climate change is nowadays tangible evidence, undeniable in the light of scientific sources. As such, it exposes fundamental rights to a certain injury, in terms of “if” and “when”, against which the judge has the duty, in face of the legislature’s *inertia*, of providing adequate protection and, in this way, contributing to the formation of a «new “eco-legal system”» based on «principles and interpretative criteria that aspire to be ubiquitous, valid for every legal

53 See G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 545-569.

54 L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022, pp. 190-191.

55 In this regard, see P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, pp. 85-87.



order, both domestic and international, and that is based on an eco-centric vision of the relationship between man and Nature»⁵⁶.

Nevertheless, there seem to be a need for clarification. The inter-constitutional interpretative technique may be more convenient for the purpose of adopting common and inter-state policies, aimed at stabilizing the climate. But a total transposition of the creative function of the law in the hands of judges alone can only be avoided if the State representative institutions were active to deepen the dialogue with the scientific community, from the initial stage of the *iter legis*. In other words, a dialogue is needed, beginning from the work of the parliamentary committees, between the scientific community and the legislative bodies. This approach appears appropriate to identify, in a transparent manner, the optimal scientific solution (as supported by most scientists) on which legislative choices that affect climate and environmental balance must be based. In this way, it would be possible to reach a political-scientific provisions (the product of legislative activity based on scientific evidence) to be introduced later in the hermeneutic circle nourished by the inter-constitutional interpretation of the Courts. As we do so, scientific assessments of - among other - the IPCC would be elevated to a sort of presupposed *Grundnorm*, able to legitimize the normativity of a legal order⁵⁷.

On the juridical-constitutional level, then, the traditional static sources (the legislator produces provisions, and the judge applies them to the concrete case, limiting to this its activity) will be concretized into more realistic dynamic sources, which see legislators and judges co-produce law⁵⁸. This appears to be more true in the case of climate justice, wherein the same scientific legitimation re-determines the limits of the validity of the normative provisions.

Quite the opposite, without such an approach, it would lay only on the judge, as the actor physiologically responsible for adopting technical solutions based on the latest scientific findings who cannot invoke *non-liquet*, to (re-)establish the necessary dialogue with the scientific community. Thereby, in the absence of a political-scientific provisions adopted by the national legislatures, the inter-constitutional interpretation of the Courts will be hardly able to achieve the uniformity of interpretation to which it inevitably aspires. We cannot go further in deepening these complex issues in such an amount of space. Yet, to disregard these

56 S. BAGNI, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico"*, cit., p. 1029.

57 In this way, R.E. KIM - K. BOSSELMANN, *International environmental law in the Anthropocene: Towards a purposive system of multilateral environmental agreements*, in *Trans. Env. Law*, n. 2/2013, pp. 285 ss., recognise in the protection of the integrity of Earth's life-support system «a potential grundnorm or goal of international environmental law».

58 In this respect, see A. GUSMAI, *Il diritto all'autodeterminazione: una libertà "perimetrata" dal sapere scientifico?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, pp. 10-11.



operating dynamics of interactions and relations between state powers on the production of law in the concrete development of the inter-constitutional reality would relegate any discussion on climate justice to the mere abstraction of ethical-moral possibilities.

5. The Courts and the protection of future generations in climate lawsuit

The inter-constitutional right to a healthy and liveable climate aim to ensure the integrity of the ecosystem worldwide. In a world ruled by markets that are more and more independent from the sovereignty of the single Nations, a global regulation is unavoidable to such right, even if, as we said at the beginning, the role of State legislatures and judges remains central to protect it.

In both cases, in the Anthropocene epoch, the law cannot ignore the prospect of renewing life on Earth. In this way, the inter-constitutional interpretative technique offers a future-oriented interpretative solution to protect the natural environment and its components: the duty of the States to adopt ambitious climate policies including a reference to the needs of future generations. In fact, according to the thesis supported by Ost⁵⁹, to grasp the essence of the Anthropocene epoch in the constitutional sphere is necessary to re-interpret the social contract upon which is based modern constitutionalism through the principles of responsibility and interdependence between the individual, society, and nature. Therefore, the concepts of duties, responsibilities, interdependence, (inter-generational) solidarity⁶⁰, and scientific findings are integrated to the legal discourse. The interpretation of these concepts given by Courts helps to ensure the future humans, potentially threatened by unambitious climate and environmental policies. In short, climate justice is inevitably a kind of intergenerational justice⁶¹.

In other words, climate change seems to put in constitutional law «an idea of supremacy or (...) of a time hierarchy», in which the «constitutional *ius* prevails over the ordinary *lex* since the former is the right of stability prevails over the temporary power expressed by law. (...) The law is the right of change, but change, in the constitutional state, must take place in continuity»⁶². The inter-constitutional right to live in a healthy climate is also inevitably a future-oriented right which requires strictly defined boundaries to the economic freedom of States and corporations in their activities.

59 See F. OST, *Le droit constitutionnel de l'environnement: un changement de paradigme?*, in M.A. COHENDET (eds.), *Droit constitutionnel de l'environnement*, Mare&Martin, Paris, 2021.

60 Whit respect to the principle of solidarity, see F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Edizioni Città Nuova, 2012; V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it, 2010.

61 See D. PORENA, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, pp. 186 ss.

62 G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, ES, Napoli, 2007, pp. 49-50.



However, in the field of inter-constitutional law, it seems incorrect to distinguish «present generations» and «future generations», as if «humanity is renewed in time by cohesive crowds of people that follow one another with discontinuity: crowds of people that are admitted on the scene of history, each in its compactness, to take the place of the current generation»⁶³. In other words, at the (inter-)constitutional level, it appears very difficult to differentiate between human 'present' or 'future' beings. Doing so would reintroduce the idea of balancing that could lead to the unrestricted pursuit of modern economic freedoms.

Anyway, at the international level, future generations emerge in the most important environmental political documents of the 20th century. For instance, the Art. 3 UNFCCC stress «the Parties» to «protect the climate system for the benefit of the present and future generations of humankind». Likewise, the needs of future generations are enshrined in the Aarhus Conventions (Art. 1) as well as in the UNESCO Declaration on the Responsibility of the Present Generation Towards Future Generation (1997) and in the Preamble of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, underscoring the «responsibilities and duties with regard to other persons, to the human community and to future generations». Moreover, according to the Rio Declaration (1992), «The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations». The protection of future generations is also echoed by the Paris Agreement calling for «intergenerational equity».

At the constitutional level, an increasing number of Constitutional Charters are emphasizing future generations⁶⁴. For instance, re-founding the Republican Pact (also) on environment⁶⁵, the renewed Article 9 of the Italian Constitution⁶⁶ assign to the Republic the responsibility of safeguarding the environment while also considering the interests of future generations. As it has been said, the responsibility towards future generations mentioned in art. 20a GG led the *BVerfG* to adopt the new concept of intertemporal protection of freedoms (*intertemporale Freiheitssicherung*) to pursue very different interests. In this way, the inter-constitutional interpretative technique strengthens future generation interests' protection not only among judicial (and "pre-judicial") dialogue but also with the inevitable reference to scientific knowledge. Indeed, future generation interests' or (less frequently) rights enters the (inter)constitutional approach not only through representative institutions and

63 G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Einaudi, Torino, 2016, p. 55.

64 See R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, FrancoAngeli, Milano, 2008; A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX, 2016.

65 To use the words of A. MORRONE, *Fondata sull'ambiente*, Editoriale, in *Istituzioni del federalismo*, n. 4/2022.

66 See R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it - paper*, 6 aprile 2022; S. GRASSI, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, pp. 216 ss.; G.M. FLICK, *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, in *federalismi.it - paper*, 12 luglio 2023.



jurisprudence⁶⁷. It is the technical-scientific method to identify new normative meanings - scientifically founded - to be added to the pre-existing (inter-)constitutional legality. In doing so, the latest scientific findings became a way to reduce further Parliament's opportunities to implement economic system strongly tied to the coal industry and oil exports⁶⁸.

In short, the inter-constitutional interpretative technique incorporates a future-oriented perspective «in the natural terms of irreversibility, as the thermodynamic time that is not by the equivalent homogeneity of the classical intergenerational justice»⁶⁹. Therefore, the future-oriented principle of prevention extends the field of constitutional law as far as scientific predictions allow it⁷⁰. In this way, States must adopt climate policies incorporating intertemporal and global issues, overcoming the traditional national sphere of modern constitutionalism.

As we have said just above, climate justice is faced with the constant difficulty of representing future generations as subjects of rights⁷¹. In fact, a debate has emerged on the question of whether it is possible to represent future generations in the law and how to advocate for future generations in the courtroom. So, it is the courts that are forced to judge upon the legitimacy of the representation of future generations by the environmental claimants', who «use relevant legal sources to substantiate that future generations are to be considered in the context of climate change»⁷². Just as scholars have long reported, in the European constitutional law «"Rights of future generations" is an inappropriate term that we

67 In this way, very significant seems to be the Norwegian case *Arctic Oil*. Indeed, the claim of *Greenpeace Nordig, Natur og Ungdom and Bestefolerenes Klimaaksjon* aims to give future generations political power by using their rights to challenge government decisions. It helps to address issues with the legitimacy and effectiveness of democratic decision-making on climate change in constitutional democracies where the voice of future generations is often overlooked.

68 For more detailed studies about the relationship between science and democracy, see S. JASANOFF, *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States*, Princeton University Press, 2005.

69 M. CARDUCCI, voce *Giustizia climatica*, cit., p. 8.

70 Moreover, the precautionary principle states that a lack of certainty regarding potential risks should not lead to postponing precautionary measures. As is well known, in 1992, the Maastricht Treaty formally introduced the precautionary principle within the EC Treaty as a principle of environmental law and policy. Nowadays, Article 191 TFUE states that Union policy 'It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay'. On these issues, see *amplius* A.M. NICO, *La tutela dell'ambiente nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in F. GABRIELE - A.M. NICO (eds.), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Cacucci, Bari, 2005.

71 On the issues related to the representation of future generation in law, see E. PARTRIDGE (eds), *Responsibilities to Future generations: Environmental Ethics*, Prometheus Books, 1981; A. GOSSERIES, *On Future Generations' Future Rights*, 16 *Journal of Political Philosophy*, 2008, pp. 446 ss.

72 See L.E. BURGERS, *Justicia, the People's Power and Mother Earth. Democratic legitimacy of judicial law-making in European private law cases on climate change*, (University of Amsterdam, 2020), available at <https://dare.uva.nl/search?identifier=0e6437b7-399d-483a-9fc1-b18ca926fdb5>, p. 205.



use to hide the truth: future generations, precisely because they are not living now, have no right to claim against previous generations. When 'is broken the unity of time' between subjective right and its present owner, the category of subjective right becomes unusable and, in its place, to help is that of duty»⁷³.

It is not surprising therefore that, except for Latin America⁷⁴, modern constitutionalism does not recognise future generations as rights holders, but their interests are laid down in law, particularly constitutional law. Otherwise, as Hans Jonas taught us, the current generation holds a duty towards the unborn humans⁷⁵.

In this future-oriented scenario, inter-state climate policies rooted in the latest scientific findings become an «internal world policy»⁷⁶ in which the economic, scientific, and technological progress constantly produces new instances of advocacy claims by citizens that incessantly question formal constitutional law. In short, there is an increasing constitutional awareness about future generations that inter-constitutional interpretative technique may disseminate among national Courts to bind the economic policies of the States and private corporations.

6. Towards an inter-constitutional right-duty to a stable and safe climate?

All these arguments led a scholar to seriously invoke a global integral constitutionalism in which the environmental protection is transformed in a more general principle of *Biophilia*⁷⁷. In this scenario, the preservation of the natural environment becomes the condition for the better protection of human rights under threat due to climate change⁷⁸, notably the right to life, health, adequate food, water, housing, and a liveable climate. As we said at the beginning, the Courts give a meaningful contribution to protecting these rights by providing equal access to justice; taking and forcing the executive, legislature, and private sector to take climate change seriously; assisting the progressive and principled development of climate change law and policy; and making reasoned and scientific-based decisions⁷⁹. In other words, national Courts

73 G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., p. 109.

74 Indeed, in Andean constitutionalism, the subjectivity of Nature is extended with all its components. However, in North American constitutionalism, the 'Posterity clause' is part of the Preamble of the Constitution and future generations are recognised as holders of rights, but to guarantee them the exercise of rights to life, liberty, and property.

75 H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 1979, p. 52.

76 To use the words of C.F. von Weizsäcker repeat by J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 139.

77 See D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale*, p. 255.

78 For more detailed studies about the relationship between environment and climate change, see R. BIFULCO, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, pp. 132 ss.

79 See B.J. PRESTON, *The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change*, in *Journal of Environmental Law*, 28, 2016, pp. 11-17.



implement a shared legal approach of clear constitutional significance regarding the protection of living and future generations, building up a cultural inter-constitutional law to protect the environment and climate system as presupposed condition of life on Earth⁸⁰.

However, it is a challenge to recognise the full right to a liveable climate, as stated by the plaintiffs, because it is not clearly defined in legal sources or court judgments. In this way, we preferred to speak of a right-duty to a stable and safe climate: a right invoked by the plaintiffs, whom legally defending themselves against violations of their fundamental rights endangered by climate change, they affirm the existence of a right to a healthy climate that they ask judges to recognise; a duty on the States to ensure the conditions of re-generation of life (not only human) on Earth, according to the international and scientific sources. For these reasons we defined it as an inter-constitutional right-duty due to its global and inter-temporal impact rooted in a universally recognised scientific knowledge⁸¹.

Such an interpretative scenario seems to be fed by the recent modification of Article 9 of the Italian Constitution in which, although not formally sanctioned, climate protection appeared incorporated in the protection of ecosystems as a precondition for the protection of the environment in all its components. In doing so, art. 9 of the Italian Constitution does not leave the implementation of the duty to protect the environment and the climate to the discretion of the State but thus intends to align Italian legislation with those supranational ones that fix the duties of combating climate change on the States⁸². These duties to adopt ambitious climate policies are intertwined with the extraterritorial scope of fundamental rights protected by art. 2 Cost. In doing so, Article 9 Cost. must be read in close correlation with Articles 2, 10, 11 and 117, c. 1 Cost. Understood in this way, it allows the introduction into the legal system of climate obligations developed at the supranational level while fueling the dynamic and holistic approach of inter-constitutional interpretation. Therefore, if the legislator should not implement the new Article 9 Cost. and the supranational provisions, the ordinary and constitutional Court will be able to realize the new constitutional principle of the protection of the environment which presupposes the protection of a stable and safe climate through the interinstitutional hermeneutics.

At this point, after providing the outlines of the inter-constitutional interpretative technique relating to climate justice, a question arises: how compatible is with constitutional democracy

80 In this way, with specific regard to the environmental law produced by both Courts and Legislature, see D.R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and Environment*, University of British Columbia Press, 2012.

81 In this regard, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi Editore, Modena, 2017, pp. 58 ss., has recently invoked the implementation of a global public sphere introducing transnational judiciary institutions to protect the human life on Earth.

82 In this respect, see R. BIFULCO, *Ambiente e cambiamento climatico*, cit., pp. 139-140.



a global legal system that seems to govern liberties by scientific evidence? The answer is not easy, but we will try here to illustrate some arguments.

Let us focus again on the right-duty to a liveable climate, which is undoubtedly a material constitutional right. As we said, the inter-constitutional interpretative technique may be more convenient for the purpose of adopting common and inter-state policies, aimed at stabilizing the climate. In this way, we stress that a dialogue is needed, beginning from the work of the parliamentary committees, between scientists and the legislative bodies⁸³. In fact, this approach it seems appropriate to identify, in a transparent manner, the optimal scientific solution (as supported by most scientists) on which legislative choices that affect climate and environmental balance must be based⁸⁴. In doing so, it would be possible to reach political-scientific provisions (the product of legislative activity based on the latest scientific findings) to be introduced later in the hermeneutic circle nourished by the inter-constitutional interpretation of the Courts. By contrast, a tacit scientific authoritarianism of the State would arise, each intended to choose their own scientists to justify unambitious climate policies, so preventing the consolidation of the uniformity of inter-constitutional convergences.

Ultimately, in the Anthropocene, incorporating scientific evidence into democratic decision-making without draining democracy is a challenging task for constitutionalism. The inter-constitutional interpretative technique appears to be the only way to achieve it.

83 At international level, a new law-making procedure that include expert opinion is invoked by D.-T. AVGERINOPOULOU, *Science-Based Lawmaking. How to Effectively Integrate Science in International Environmental Law*, Springer, 2020.

84 For instance, at European level, on 10 July 2020, Parliament adopted a «*resolution outlining its priorities as regards the upcoming chemicals strategy for sustainability*». The strategy is based on robust and up-to-date scientific evidence, and it should be used to develop coherence and synergies between chemicals legislation, occupational safety and health, and related EU legislation, such as legislation on water, soil and air, legislation on sources of pollution. In this regard, also relevant is the Habitats Directive (1992): for instance, Article 17 clarifies that several scientific parameters are used to assess the conservation status of species and habitat types protected under the Directive. Moreover, sites are selected on scientific grounds using the science-based criteria laid down in the Directive (Annex III).



THINK GLOBAL, ACT LOCAL. LE COMUNITÀ ENERGETICHE RINNOVABILI E IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ (ANCHE) SOCIALE COME PERNO DELLA TRANSIZIONE ENERGETICA

Alessandra Coiante*

ABSTRACT (ITA): Come noto, le più recenti strategie UE in tema di lotta al cambiamento climatico e transizione energetica vedono come protagonisti i cittadini-consumatori. Questi ultimi, infatti, dato l'enorme impatto che hanno sull'ambiente, sono chiamati ad assumere un ruolo attivo per partecipare, all'interno delle loro aree urbane, alla transizione verso la neutralità climatica, non più solo come beneficiari ma come co-creatori della stessa. Tra i principali strumenti che, in linea con gli obiettivi UE, garantiscono la partecipazione attiva delle persone, nella loro duplice veste di cittadini e consumatori, vi è quello delle Comunità Energetiche Rinnovabili. Lo scopo delle seguenti riflessioni è quello di analizzare il ruolo che le autorità pubbliche e, in particolare quelle territoriali e locali, possono detenere nello sviluppo, all'interno del contesto urbano, di tali forme di "democraticizzazione" del sistema energetico. Approfondire il ruolo che detiene l'attore pubblico nello sviluppo di tali strumenti risulta imprescindibile per assicurarne un celere sviluppo, in linea con il raggiungimento degli obiettivi UE.

ABSTRACT (ENG): As is well known, the most recent EU strategies on climate change and energy transition involve consumers. Given the enormous impact they have on the environment, consumers are called to take an active role to participate, within their urban areas, in the transition to climate neutrality, no longer only as beneficiaries but as co-creators. Among the main instruments that guarantee the active participation of people, in their dual capacity as citizens and consumers, is that of Renewable Energy Communities (REC). The purpose of this paper is to analyze the role that public Authorities (territorial and local ones) can play in the development of such forms of "democratisation" of the energy system within the urban context. It is essential to deepen the role of the public actor in the development of these tools to ensure their rapid development, in line with the achievement of EU goals.

SOMMARIO: 1. Think global, act local: Il ruolo delle città e dei cittadini nel percorso della transizione energetica e le Comunità Energetiche Rinnovabili; 2. Il ruolo delle Regioni per un sistema energetico più partecipato e solidale: le Comunità Energetiche Rinnovabili Solidali; 2.1. Il contributo dell'amministrazione comunale; 3. Il principio di sussidiarietà (anche) sociale come perno della transizione energetica

1. Think global, act local. Il ruolo delle città e dei cittadini nel percorso della transizione energetica e le Comunità Energetiche Rinnovabili



È stato stimato che, nonostante le città ricoprono il 3% della superficie terrestre, esse producano circa il 72% delle emissioni globali di gas serra¹. Ad oggi, negli Stati dell'Unione Europea, secondo i dati disponibili aggiornati al 2022, oltre il 75% della popolazione vive in aree urbanizzate², all'interno delle quali si consuma, direttamente o indirettamente, fino all'80% dell'energia disponibile³. A ciò si aggiunga che, secondo recenti stime, questi numeri sono destinati ad aumentare dal momento che è stato previsto che entro il 2050 circa l'85% della popolazione dell'UE vivrà all'interno di realtà urbane⁴.

Da tali dati emerge il rilievo che gli agglomerati urbani detengono nell'emissione di gas climalteranti, causata principalmente dall'utilizzo ancora predominante del modello energetico "tradizionale", fondato sull'utilizzo di combustibili fossili.

Pertanto, nell'ottica dell'UE, l'emergenza climatica e la connessa esigenza di accelerare la transizione verso sistemi neutrali dal punto di vista energetico, devono essere affrontate partendo anzitutto dalle città, dai suoi abitanti e dalle amministrazioni che più ne rappresentano gli interessi.

In questa prospettiva deve essere letta, ad esempio, l'iniziativa della Commissione europea che porta il nome di «*Patto dei sindaci per il clima e l'energia*» (*Covenant of Mayors Europe*)⁵ tesa a creare una rete di sostegno e coordinamento per l'adozione di azioni congiunte da parte di migliaia di governi locali per la tutela del clima, attraverso l'impegno volontario ad aumentare l'efficienza energetica e l'utilizzo di fonti energetiche rinnovabili all'interno dei loro territori.

Sulla base del Patto, i comuni firmatari si sono impegnati ad adottare il Piano d'Azione per l'energia sostenibile e il clima (c.d. PAESC), recante la programmazione decennale di strategie e azioni dirette al conseguimento dei tre obiettivi cardine del Piano: i) mitigazione delle emissioni con interventi di decarbonizzazione tesi a ridurre di almeno il 40% le emissioni climalteranti entro il 2030; ii) adattamento ai cambiamenti climatici; iii) equità e accessibilità all'energia pulita, con interventi tesi alla lotta alla povertà energetica⁶.

1* Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre – LUISS Guido Carli.

Cfr. il Report *Proposed Mission: 100 Climate-neutral Cities by 2030- by and for the Citizens. Report of the Mission Board for climate-neutral and smart cities*.

2 Dati della World Bank, consultabili al seguente link: <https://data.worldbank.org/indicator/SP.URB.TOTL.IN.ZS?end=2022&locations=EU&start=1960&view=chart>.

3 Cfr. *Il Piano d'azione per l'energia sostenibile e il clima di Roma Capitale*, consultabile qui: https://www.comune.roma.it/web-resources/cms/documents/PIANO_DI_AZIONE_PER_LENERGIA_SOSTENIBILE_E_IL_CLIMA_DI_ROMA_CAPITALE.pdf.

4 Report *Proposed Mission: 100 Climate-neutral Cities by 2030- by and for the Citizens. Report of the Mission Board for climate-neutral and smart cities*.

5 L'iniziativa, lanciata nel 2008 è stata rinnovata e adattata alle esigenze connesse alla lotta ai cambiamenti climatici nel 2015 (si v. <https://eu-mayors.ec.europa.eu/it/about>). Nello stesso anno la rete di coordinamento si è ampliata a livello globale attraverso l'adesione al *Global Covenant of Mayors for climate and energy* (<https://www.globalcovenantofmayors.org/>). Per aggiornamenti sul progresso delle singole città si v. https://eu-mayors.ec.europa.eu/it/monitoring_report_list

6 Sul tema della povertà energetica si v. *infra*.



Attraverso tale strumento è stato formalmente riconosciuto ai comuni un ruolo attivo per il raggiungimento degli obiettivi UE (e internazionali)⁷ in materia di lotta al cambiamento climatico, nei confronti dei quali è stata così delineata una responsabilità condivisa degli enti locali firmatari con i rispettivi governi nazionali.

Nella consapevolezza che il successo delle attuali politiche energetiche dipende strettamente dalla capacità di modificare i comportamenti e la consapevolezza degli utenti finali⁸, sin dalla Comunicazione «Un “new deal” per i consumatori di energia», con cui la

7 Si fa riferimento, in particolare, all’Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici ratificato dall’Unione europea il 5 ottobre 2016, con cui i Paesi di tutto il mondo si sono impegnati a contenere il riscaldamento globale a 2°C, facendo il possibile per limitarlo a 1,5° C, rispetto ai livelli preindustriali. In dottrina si v. S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all’accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 81 ss.; A. SAVARESI, *The Paris Agreement: A new beginning?*, in *Journal of energy & natural resources law*, 2016, 16 ss.; L. ARISTEI, *L’Accordo di Parigi: obiettivi e disciplina*, in *Riv. quadrim. dir. amb.*, 2017, 3, 73 ss. L’Accordo di Parigi è poi da inquadrare, a sua volta, nella cornice più ampia delineata dall’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. 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. Per approfondimenti si v. *L’agenda globale per lo sviluppo sostenibile*, a cura del servizio studi della Camera dei deputati, aprile 2022, consultabile al seguente link: http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/UE0017.pdf?_1651480732067; si vedano inoltre i rapporti ASVIS sull’incidenza della pandemia nel raggiungimento degli obiettivi dell’Agenda tra cui, in particolare, *Politiche per fronteggiare la crisi da COVID-19 e realizzare l’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, consultabile al seguente link: <https://asvis.it/public/asvis2/files/Pubblicazioni/RapportoASviSCovidAgenda2030.pdf>. In dottrina si v. M. MONTINI - F. VOLPE, *Sustainable Development at a turning point*, in *federalismi.it*, 2016, 21, 19 ss.; L. NIKLASSON, *Improving the Sustainable Development Goals. Strategies and the Governance challenge*, Taylor & Francis, 2019.

8 Cfr. L. AMMANNITI, *Una nuova governance per la transizione energetica dell’Unione europea. Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in *La transizione energetica*, a cura di L. Ammanniti, Torino, 2018, 3 ss. spec. 19 e 21. Secondo cui l’obiettivo da raggiungere, proprio nell’ottica di un migliore livello di conoscenza e di un incremento di consapevolezza, è quello di “potenziare”, ossia di informare e istruire il consumatore finale per renderlo un soggetto attivo del mercato capace di gestire in modo efficiente la domanda di energia.



Commissione europea ha affermato che l'UE deve mirare a costituire un'Unione dell'energia⁹ che «metta in primo piano i cittadini che svolgono un ruolo attivo nella transizione energetica, si avvantaggiano delle nuove tecnologie per pagare di meno e partecipano attivamente al mercato, e che tutela i consumatori vulnerabili»¹⁰, le strategie UE in materia di lotta al cambiamento climatico e di transizione energetica¹¹ hanno visto come protagonisti i cittadini-consumatori energetici.

9 In argomento si v. il regolamento UE 2018/1999 sulla *governance* della c.d. Unione dell'energia ha stabilito istituti e procedure per conseguire gli obiettivi dell'Unione in materia di energia e clima delineando un meccanismo di *governance* basato essenzialmente sulle "Strategie nazionali a lungo termine" per la riduzione dei gas ad effetto serra e, precisamente, sui Piani nazionali integrati per l'energia e il clima (PNIEC). L'Italia ha presentato, nel dicembre del 2019, alle istituzioni europee il PNIEC che copre il periodo 2021-2030.

10 COM (2015) 339 final. Secondo la Commissione, realizzare tale "new deal" significa porre i consumatori al centro di un sistema energetico sano e ben funzionante. I passi per raggiungere questo obiettivo sono stati sintetizzati nei seguenti dieci punti: 1. garantire ai consumatori un accesso frequente, anche quasi in tempo reale, a informazioni parzialmente standardizzate, significative, precise e comprensibili sul consumo e sulle relative spese nonché sui tipi di fonti energetiche; 2. rendere rapido e semplice il cambio di fornitore, grazie anche a offerte trasparenti e direttamente comparabili di fornitori concorrenti e senza ostacoli costituiti ad es. dalle relative penali; 3. garantire che i consumatori siano pienamente protetti dal nuovo mercato dell'energia, anche contro pratiche commerciali sleali; 4. dare ai consumatori la possibilità di svolgere un ruolo attivo nel mercato dell'energia e di trarre i relativi vantaggi, ad esempio grazie all'adeguamento e alla riduzione dei propri consumi in funzione dell'evoluzione dei prezzi, contribuendo così a bilanciare la variabilità delle energie rinnovabili partecipando a dinamiche di gestione attiva dei consumi oppure producendo o stoccando energia; 5. fare sì che i consumatori rimangano in controllo dei dati di consumo e misurazione. Se i consumatori consentono a terzi (fornitori e intermediari) di accedere ai propri dati, la privacy, la protezione e la sicurezza dei dati in oggetto devono essere garantite; 6. consentire ai consumatori di accedere a offerte competitive e trasparenti basate sul libero mercato, fornendo allo stesso tempo ai consumatori vulnerabili e/o a rischio di povertà energetica un sostegno efficace e mirato seguendo le migliori pratiche e in una logica di efficienza energetica e di risparmio; 7. fornire ai consumatori la possibilità di partecipare al mercato affidandosi a intermediari affidabili, iniziative collettive o regimi comuni; 8. garantire la piena interoperabilità e la facilità di utilizzo delle apparecchiature e dei componenti pienamente interoperabili e fare sì che i sistemi di misurazione intelligenti siano predisposti per le funzionalità raccomandate per sfruttare al massimo i vantaggi per i consumatori; 9. assicurare una funzionalità di rete stabile ed efficace sotto il profilo dei costi; impedire il trattamento discriminatorio dei dati di misurazione con un potenziale valore di mercato da parte degli operatori dei sistemi di distribuzione o da parte di qualsiasi altro soggetto responsabile; 10. consolidare il legame tra ricerca, innovazione e industria per migliorare la competitività internazionale in materia di case intelligenti e tecnologie di rete intelligenti, in collaborazione con tutti gli attori del mercato.

11 La transizione verso l'utilizzo di forme energetiche rinnovabili e più sostenibili costituisce un elemento chiave nella lotta dell'UE ai cambiamenti climatici. Nel corso degli ultimi anni la Commissione europea ha infatti avviato un percorso di trasformazione della politica energetica UE al fine di condurla su un percorso più sostenibile. In linea con gli impegni assunti a livello internazionale (si v. nota n. 7) nel 2016 la Commissione ha adottato il pacchetto di proposte legislative "Energia pulita per tutti gli europei" (noto come *Winter package* o *Clean energy package*), teso a rinnovare il diritto UE dell'energia e a rendere il mercato dell'energia più sostenibile, partecipato e accessibile. Tra i più noti interventi si



Una successiva Comunicazione dal titolo «Avvio del processo di consultazione pubblica sul nuovo assetto del mercato dell'energia»¹² ha ulteriormente sottolineato che tutti i consumatori dovrebbero essere in grado di partecipare pienamente alla transizione energetica e di gestire i consumi con soluzioni efficienti e che, a tal fine, sarebbe necessario il passaggio a una produzione decentrata dell'energia rinnovabile attraverso la realizzazione di un cambiamento dei ruoli all'interno del mercato dell'energia (elettrica), così da integrare pienamente tutti gli attori che gravitano all'interno dello stesso. Ancora la Comunicazione del 2018 «Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra»¹³ ha definito fondamentale il ruolo attivo delle persone, sia in veste di consumatori che di cittadini, nel portare avanti la trasformazione verso un'economia a zero emissioni nette di gas a effetto serra. Ciò in quanto, «la scelta di ogni individuo al momento di acquistare casa, servizi energetici, un veicolo, elettrodomestici o apparecchiature nuovi incide su quella che sarà la sua impronta di carbonio per molti anni a venire». Tale trasformazione, inoltre, dovrà essere socialmente equa e sviluppata in modo tale che «non lasci indietro nessuna regione, comunità lavoratore o cittadino» e «potrà dirsi riuscita anche in funzione del modo in cui la nostra società provvederà ai bisogni dei più vulnerabili durante la transizione».

Dunque, i cittadini-consumatori energetici, dato l'enorme impatto che i loro consumi hanno sull'ambiente e sul clima, sono chiamati sempre di più ad assumere un ruolo attivo (divenendo *prosumer* energetici¹⁴) per partecipare, all'interno delle loro aree urbane, alla transizione verso

ricordano il regolamento UE 2018/1999 sulla *governance* della c.d. Unione dell'energia, la direttiva UE 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (c.d. RED II), la direttiva UE 2019/944 (c.d. IEM) relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica. A seguito dell'adozione di tali atti, nel dicembre 2019, la Commissione europea ha poi emanato la nota comunicazione «Il Green Deal Europeo» (COM (2019) 640 final). A tali interventi ha fatto seguito l'adozione del pacchetto climatico «Fit for 55» con cui sono state compiute diverse necessarie modifiche al tessuto normativo esistente e nuove proposte legislative per perseguire gli obiettivi fissati nel *Green Deal* entro il 2030 e la neutralità climatica entro il 2050. Da ultimo, il conflitto bellico in Ucraina ha condotto all'adozione del Piano «REPowerEU» (COM (2022) 230 final), adottato con l'obiettivo di «ridurre rapidamente la nostra dipendenza dai combustibili fossili russi imprimendo un'accelerazione alla transizione verso l'energia pulita e unendo le forze per giungere a un sistema energetico più resiliente e a una vera Unione dell'energia». Per approfondimenti circa il quadro europeo in materia sia consentito il rinvio a A. COIANTE, *Le comunità energetiche rinnovabili nel quadro giuridico europeo e nazionale: un'occasione per ripensare l'ambito di operatività del silenzio assenso in materia di incentivi economici*, in *Dir. e Soc.*, 4, 2022, 735 ss., spec. 735-741.

12 COM (2015) 340 final.

13 COM (2018) 773 final.

14 Tale termine, mutuato dall'inglese, è utilizzato per riferirsi all'utente che non si limita al ruolo passivo di consumatore (*consumer*), ma partecipa alle diverse fasi del processo produttivo (*producer*): il *prosumer* energetico è colui che possiede un proprio impianto di produzione di energia, della quale ne consuma solo una parte. La rimanente quota può essere immessa in rete, scambiata con consumatori fisicamente prossimi al *prosumer* o anche accumulata in un apposito sistema e, successivamente, restituita alle unità di consumo nel momento più opportuno. Cfr. AA. VV., *Le comunità energetiche in Italia. Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell'energia*, a cura di F. Barroco - F. Cappellaro - C. Palumbo, 2020, guida realizzata nell'ambito del Progetto Europeo GECO cofinanziato da EIT Climate-KIC e disponibile



la neutralità climatica, non più solo come eventuali beneficiari ma come co-creatori della stessa.

Tra i principali strumenti che, in linea con le odierne strategie UE in campo energetico e ambientale, garantiscono la partecipazione attiva dei cittadini-consumatori (nella loro veste di *prosumer* energetici), vi è quello delle Comunità Energetiche Rinnovabili (c.d. CER)¹⁵, definibili come un (nuovo) soggetto giuridico autonomo che consente ai propri membri di poter svolgere, in forma istituzionalizzata, tutta una serie di attività nel settore dell'energia rinnovabile che vanno dalla generazione, alla distribuzione, alla vendita, alla conservazione, all'acquisto dell'energia, alla realizzazione di servizi di efficienza energetica, al fine di produrre benefici di carattere ambientale, economico e sociale¹⁶.

In altre parole, le CER rappresentano una forma di «*democratizzazione del sistema energetico*»¹⁷ realizzata attraverso la comproprietà, tra i membri della stessa, dei mezzi di produzione

sul sito dell'ENEA al seguente link: https://www.enea.it/it/seguici/pubblicazioni/pdf-volumi/2020/guida_comunita-energetiche.pdf. Tra i primi utilizzi del termine si v. A. TOFFLER, *La terza ondata. Il tramonto dell'era industriale e la nascita di una nuova civiltà*, Milano, 1987.

15 Oltre alle CER l'UE ha previsto anche un'altra forma di Comunità energetica ossia la Comunità Energetica di Cittadini (CEC) disciplinata dalla direttiva 2019/944/UE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (c.d. IEM, recepita dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 210). La differenza principale tra i due modelli risiede nella diversa tipologia delle attività energetiche che possono esercitare: mentre le CEC devono esercitare attività aventi a oggetto l'energia elettrica prodotta da qualsiasi fonte, le CER devono esercitare attività afferenti esclusivamente a prodotti energetici basati su fonti rinnovabili non fossili. Dato il loro rilievo per la transizione energetica anche il legislatore europeo ha espresso un particolare *favor* per le CER, prevedendo che gli Stati membri, con riferimento alle CEC, siano tenuti unicamente a stabilire «*un quadro normativo di riferimento per le comunità energetiche dei cittadini*» (art. 16 direttiva 2019/944) mentre, con riguardo alle CER, debbano fornire «*un quadro di sostegno atto a promuovere e agevolare lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile*» che deve, tra l'altro, anche garantire la presenza di tutta una serie di strumenti tesi a sostenere e facilitare lo sviluppo delle CER (art. 22 direttiva 2018/2001). Per approfondimenti sulle differenze tra i due modelli sia consentito ancora il rinvio a A. COIANTE, *Le comunità energetiche rinnovabili nel quadro giuridico europeo e nazionale*, ult. op.cit., spec. 274. Sul tema si v. anche *ex multis*: E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2020, 71 ss. M. F. LUCENTE, *La comunità energetica dei cittadini*, in *La via italiana alle comunità energetiche*, Napoli, 2022, 49 ss.

16 Cfr. A. PERSICO, *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali. Moduli e strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni per favorire la costituzione e le attività delle comunità di energia rinnovabile*, in *Questa Rivista*, 2, 2022.

17 M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 3, 633. Per approfondimenti sul decentramento della *governance* dell'energia e sui cambiamenti del mercato energetico derivanti dall'uso delle energie rinnovabili si v. anche M.A. HELDEWEG - S. SAINTIER, *Renewable energy communities as "social-legal institution": a normative frame for energy decentralization?*, in *Renewable and Sustainable energy reviews*, 119, 2020, 1 ss; P. RANCI ORTIGIOSA, *Conclusioni*, in *Politica energetica, regolazione e mercato. Il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali*, a cura di A. Maestroni - M. De Focatiis, Milano, 2012, 196 ss.; R. MICCÙ - M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *federalismi.it*, 4, 2022, 602 ss. Su questa linea, l'esperienza delle CER è stata legata, a livello internazionale,



dell'energia rinnovabile che consente agli utenti, aggregati tra di loro, di divenire, al contempo, produttori, consumatori e gestori di energia rinnovabile.

A livello europeo, la loro disciplina è contenuta all'interno della direttiva 2018/2001/UE, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (c.d. RED II)¹⁸, recepita dal nostro legislatore nazionale con il d.lgs. 8 novembre 2021 n. 199¹⁹.

La definizione giuridica di CER è contenuta nell'art. 2 (punto 16) della direttiva, che la descrive come quel soggetto giuridico che: a) conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari.

L'istituto delle CER deve essere tenuto distinto da due configurazioni di particolare rilievo nell'ambito dell'auto-produzione di energia rinnovabile, ossia quella dell'autoconsumatore di energia rinnovabile, che agisce in forma individuale e quella degli autoconsumatori di energia rinnovabile, che agiscono collettivamente. Con la prima classificazione si intende quel cliente finale che, operando in propri siti localizzati entro confini definiti, produce energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo e può immagazzinare o vendere l'energia elettrica rinnovabile autoprodotta, purché, in caso di autoconsumatore diverso dai nuclei familiari, tale attività non costituisca la sua attività commerciale o professionale principale (art. 2 punto 14 direttiva RED II). Per autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente si intende, invece, l'aggregazione di un certo numero di *prosumers* (gruppo di almeno due persone), che svolgono collettivamente le medesime attività svolte dall'autoconsumatore di energia rinnovabile e si trovano nello stesso edificio o condominio (art. 2 punto 15). Nello schema dell'autoconsumo collettivo, gli autoconsumatori che agiscono collettivamente,

anche al concetto di *energy democracy*. In argomento si v. B. VAN VEELLEN - D. VAN DER HORST, *What is energy democracy? Connecting social science energy research and political theory*, in *Energy Research & Social Science* 46, 19 2018; S. WELTON, *Grasping for energy democracy*, in *Michigan Law Review* 116, 518 2018, 598; K. SZULECKI, *Conceptualizing energy democracy*, in *Environmental Politics* 27, 21 2018.

18 Tale direttiva ha modificato la direttiva 2009/28/CE (c.d. RED I) sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili come modificata dalla direttiva 2013/18/UE e dalla direttiva 2015/1513/UE.

19 Nelle more del completo recepimento delle suddette direttive, a livello nazionale, il legislatore aveva avviato un periodo di sperimentazione recependo, all'art. 42-bis d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 (c.d. decreto Milleproroghe, conv. l. 28 febbraio 2020, n. 8), in via transitoria, i modelli di autoconsumo collettivo e comunità energetica rinnovabile previsti, rispettivamente, dagli artt. 21 e 22 della direttiva RED II. Sono altresì da segnalare le iniziative delle singole Regioni. In particolare, la Regione Piemonte ha adottato addirittura già nel 2018, una legge regionale sulla promozione dell'istituzione delle comunità energetiche (l. r. 3 agosto 2018, n. 12). Per approfondimenti circa l'*excursus* del recepimento interno della disciplina UE sia consentito, ancora una volta, il rinvio a A. COIANTE, *Le comunità energetiche rinnovabili nel quadro giuridico europeo e nazionale*, op.cit., 735 ss.



benché debbano tutti trovarsi «*nello stesso edificio o condominio*», a differenza delle CER, non sono tenuti a costituire un soggetto giuridico autonomo cui imputare l'attività comune²⁰.

A differenza dello schema dell'autoconsumo collettivo, attraverso il modello delle CER, inoltre, è possibile realizzare una collaborazione tra l'attore pubblico e quello privato (che come si vedrà nel proseguo può assumere forme diverse) nel campo della auto-produzione congiunta di energia rinnovabile. Ciò si evince, anzitutto, dal già richiamato art. 2 che, nel definire il soggetto giuridico, individua tra i suoi possibili membri le «*autorità locali, comprese le amministrazioni comunali*».

La disciplina delle CER è completata dall'art. 22 della direttiva che, oltre a chiarire i diritti che gli Stati membri devono garantire a queste ultime²¹, stabilisce, al fine di garantirne un celere sviluppo, l'obbligo degli Stati di procedere a una valutazione degli ostacoli esistenti nei rispettivi territori, garantendo, tra l'altro che la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile sia aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili e che alle autorità pubbliche sia fornito un «*sostegno normativo e di sviluppo delle capacità per favorire la creazione di comunità di energia rinnovabile*» e che le autorità siano aiutate a parteciparvi direttamente.

Con riguardo alla collaborazione instaurabile a livello locale, il Considerando 70 della medesima direttiva precisa che la partecipazione congiunta dei cittadini e delle autorità locali a progetti di comunità che producono energia rinnovabile comporta non solo un valore aggiunto in termini di accettazione delle energie rinnovabili a livello locale (grazie alla maggiore partecipazione dei cittadini alla transizione energetica), ma anche l'accesso a capitali privati.

A livello nazionale, l'art. 31 del c.d. decreto RED II (d.lgs. 8 novembre 2021 n. 199), riprendendo pedissequamente la direttiva UE, ha stabilito, al primo comma, che la CER: a) deve apportare benefici ambientali, economici o sociali ai suoi membri o alle aree locali in cui opera; b) è un soggetto giuridico autonomo e l'esercizio dei poteri di controllo fa capo esclusivamente persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse quelle comunali, gli enti ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale, nonché le amministrazioni pubbliche di cui all'elenco dell'ISTAT che sono situate nel territorio degli stessi Comuni in cui sono ubicati gli impianti; c) può essere partecipata anche da imprese purché tale partecipazione non costituisca attività commerciale e industriale principale; d) può essere

20 Per approfondimenti si veda E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 1, 71 ss.; E. GIARMANÀ, *Autoconsumo collettivo e comunità energetiche*, in *Riv. giur. amb. dir.*, 2021, 1.

21 In particolare, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che le CER abbiano il diritto di: a) produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile, anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile; b) scambiare, all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta dalle unità di produzione detenute da tale comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile, fatti salvi gli altri requisiti di cui al presente articolo e il mantenimento dei diritti e degli obblighi dei membri della comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile come clienti; c) accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica appropriati, direttamente o mediante aggregazione, in modo non discriminatorio.



partecipata da tutti i consumatori, compresi i soggetti a basso reddito e vulnerabili, fermo restando che l'esercizio dei poteri di controllo è detenuto dai soggetti aventi le caratteristiche di cui alla lettera b).

Al secondo comma sono stati invece indicate le modalità e le condizioni di funzionamento delle comunità che sono: a) fermo restando che ciascun consumatore che partecipa a una comunità può detenere impianti a fonti rinnovabili, ai fini dell'energia condivisa rileva solo la produzione di energia rinnovabile degli impianti che risultano nella disponibilità e sotto il controllo della CER; b) l'energia autoprodotta deve essere utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero condivisa con i membri della comunità, fermo restando che l'eventuale energia eccedentaria può essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile, direttamente o mediante aggregazione; c) i membri della comunità utilizzano la rete di distribuzione per condividere l'energia prodotta, anche ricorrendo a impianti di stoccaggio. L'energia, inoltre, può essere condivisa nell'ambito della stessa zona di mercato, ferma restando la sussistenza del requisito di connessione alla medesima cabina primaria per l'accesso agli incentivi; d) gli impianti a fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica realizzati dalla CER devono essere entrati in esercizio dopo la data di entrata in vigore del d.lgs., salva la possibilità che alla stessa aderiscano impianti (di produzione di energia rinnovabile) già in esercizio, ma per una misura comunque non superiore al 30 per cento della potenza complessiva che fa capo alla comunità; e) i membri delle comunità possono accedere agli incentivi di cui al Titolo II alle condizioni e con le modalità ivi stabilite; f) nel rispetto delle finalità che sono proprie della CER, quest'ultima può produrre altre forme di energia da fonti rinnovabili (non solo, quindi, energia elettrica) finalizzate all'utilizzo da parte dei membri. Può quindi promuovere interventi integrati di domotica, interventi di efficienza energetica, nonché offrire servizi di ricarica dei veicoli elettrici ai propri membri e assumere il ruolo di società di vendita al dettaglio e può offrire servizi ancillari e di flessibilità.

Anche solo sulla base di tali brevi richiami alla vigente disciplina, nazionale e sovranazionale, si può dedurre la centralità che il "livello locale" detiene all'interno delle iniziative di costituzione delle CER, e ciò sia per il "vincolo di prossimità" agli impianti che i membri della CER devono detenere, sia per il richiamo delle suddette previsioni alla partecipazione delle "amministrazioni locali", sia per il fatto che i benefici (economici, ambientali, sociali) che tali iniziative possono produrre sono destinati a riflettersi non solo sui singoli membri, ma sull'intera comunità e all'interno dell' "area locale" in cui la CER opererà (art. 2, punto 16 lett. c) direttiva RED II e art. 31, comma 1, lett. a) d.lgs. 199/2021)²². Le CER nascono e operano, quindi, come comunità, aggregazioni di soggetti (persone fisiche, PMI, enti locali) inscindibilmente legate al territorio in cui operano, tese alla produzione e alla condivisione dell'energia "da" e "per" la comunità²³.

²² Si v. meglio *infra*.

²³ Cfr. E. CUSA, *Il diritto dell'Unione europea sulle comunità energetiche e il suo recepimento in Italia*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2, 2020, 287 ss. spec. 307, secondo cui è l'energia stessa che in questo ambito viene definita come "comunitaria", «da intendersi nel significato più pregiante possibile: energia (cioè un bene di interesse generale o di comunità, nel senso che interessa, attualmente o potenzialmente, direttamente o indirettamente, tutti



Ciò posto, nei paragrafi che seguono si intende analizzare, nel quadro del più generale percorso *in itinere* della transizione energetica, non solo il ruolo che l'attore pubblico (inteso come "amministrazione locale") può detenere nello sviluppo e nella costituzione delle iniziative di CER ma anche le forme che lo stesso assume (o dovrebbe assumere), in tale sede, in relazione al nuovo ruolo assunto dall'attore privato.

2. Il ruolo delle Regioni per un sistema energetico più partecipato e solidale: le Comunità Energetiche Rinnovabili Solidali

Anzitutto, a livello nazionale, oltre alla normativa statale di recepimento della direttiva RED II, stanno giocando un ruolo chiave per lo sviluppo delle CER le iniziative delle singole Regioni.

Sulla base della competenza concorrente di Stato e Regioni riconosciuta dall'art. 117, comma 3, Cost. alla materia «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*»²⁴, quasi tutte le Regioni hanno infatti adottato una propria disciplina tesa a garantire strumenti e finanziamenti adeguati alla promozione e allo sviluppo delle comunità energetiche rinnovabili²⁵. Tra gli strumenti previsti *ad hoc* dalle singole leggi regionali vi è, a titolo

i componenti di una comunità) prodotta in una comunità (intesa come territorio), da una comunità (intesa come ente produttore governato da una comunità), per una comunità (intesa come insieme di persone fisiche stabilmente legate a un territorio, eventualmente tramite enti costituiti da loro stesse».

24 Su tale competenza Stato-Regioni si v. tra i contributi più recenti, J. DI GESÙ, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia dal primo regionalismo alla clausola di asimmetria*, in *Italian papers of federalism*, 2, 2020, 3-4; E. SCIARRA, *La competenza concorrente Stato-regioni in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. Le dimensioni sincroniche del decentramento regionale e della ri-centralizzazione odierna*, in *Aperta Contrada*, 8, 2017. Su tale competenza con riferimento alle CER si è recentemente pronunciata la Corte costituzionale (23 marzo 2023, n. 48) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle previsioni della legge della regione Abruzzo (17 maggio 2022, n. 8) che incaricavano la Giunta regionale a definire, *inter alia*, i requisiti di partecipazione alle CER, poiché tale aspetto, a tutela della massima partecipazione alle CER, deve essere uniforme su tutto il territorio nazionale e per tale ragione affidato (e già disciplinato) alla normativa statale. In particolare, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dichiararsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, lettera b), della l.r. limitatamente alle parole «*i requisiti dei soggetti che possono partecipare alle CER*».

25 Le Regioni che hanno inteso disciplinare con una propria legge regionale la promozione delle CER sono molteplici. La prima legge regionale in tal senso, adottata ancor prima del recepimento nazionale della normativa UE, è stata quella del Piemonte (l.r., 3 agosto 2018, n. 12). Non tutte però si sono mosse in tal senso. Vi sono poi state anche Regioni che, anche se non hanno inteso provvedere alla promozione delle CER con specifica legge regionale, stanno comunque adottando diverse iniziative promozionali o di sostegno finanziario (soprattutto attraverso fondi della programmazione PR-FESR - Fondo europeo per lo sviluppo regionale - 2021-2027). Si veda, ad esempio, la Regione Lazio che, pur non avendo legiferato specificatamente sulla promozione delle CER, ne sta garantendo lo sviluppo tramite lo stanziamento di fondi all'interno delle proprie leggi finanziarie o tramite missioni o iniziative specifiche. Si fa riferimento, in particolare, alla missione «*100 comunità energetiche in 100 comuni*». La missione verrà realizzata principalmente fondi PNRR (investimento complessivo di 110 milioni di euro PNRR) ma anche con Fondi PR-FESR 2021-2027 e risorse regionali. Per approfondimenti si rinvia al sito web della Regione: <https://www.regione.lazio.it/notizie/Rinnovabili-100-comunita-energetiche-100-comuni->



meramente esemplificativo, quello della Comunità Energetica Regionale Lombarda (CERL), soggetto istituito con la legge regionale (l.r. 23 febbraio 2022, n. 2) in materia di CER e teso a fornire assistenza tecnica a coloro che intendono procedere alla costituzione di una CER²⁶.

Similmente si sono mosse anche l'Emilia-Romagna (l.r. 28 luglio 2022, n. 9) prevedendo, per garantire il supporto tecnico a tali iniziative, la stipula di accordi tra Regione, Comuni e l'Associazione Nazionale Comuni Italiani-Emilia-Romagna (ANCI-ER), finalizzati alla diffusione e condivisione delle "migliori pratiche"; la Basilicata con l'istituzione, sul territorio regionale, di sportelli informativi (art. 5 l.r. 16 giugno 2022, n. 12) e il Piemonte, con la previsione di un Tavolo tecnico permanente da instaurare tra le CER e la Regioni con funzioni di monitoraggio e di efficientamento energetico (art. 5 l.r. 3 agosto 2018, n. 12). Analogo Tavolo tecnico è stato previsto anche dalla Regione Marche, con l'obiettivo di garantire un luogo di confronto ai soggetti interessati, ai rappresentanti delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello regionale, delle società di distribuzione e gestione della rete, dell'A.N.C.I., al fine di promuovere e incrementare le iniziative di CER attraverso anche la condivisione delle migliori pratiche.

Lo strumento più ricorrente nelle diverse l.r. – richiamato ad esempio, da quella del Piemonte (l.r. 3 agosto 2018, n. 12), della Liguria (l.r. 6 luglio 2020 n. 13), dell'Abruzzo (l.r. 17 maggio 2022, n. 8), della Basilicata (l.r. 16 giugno 2022, n. 12) – è il Protocollo d'intesa.

In proposito, le suddette leggi regionali hanno previsto che i comuni e gli enti locali che intendono procedere alla costituzione di una CER sono tenuti a adottare uno specifico Protocollo d'intesa che, redatto su criteri definiti con provvedimento della Giunta regionale, è teso a identificare i ruoli e i compiti dei singoli soggetti partecipanti alla CER (sia pubblici che privati)²⁷ per favorirne la collaborazione.

La previsione di simili strumenti risponde, senza dubbio, a quanto richiesto dall'art. 22 della direttiva RED II che, come visto, prevede che alle autorità pubbliche sia fornito non solo un sostegno normativo ma anche di sviluppo delle capacità utili per favorire la creazione di CER (si pensi, ad esempio, agli strumenti di supporto tecnico istituiti dalla Regione Lombardia o

entro-2022. Per una completa ricognizione delle iniziative regionali in materia di CER si v. P.P. GIAMPELLEGRINI, *La dimensione regionale delle comunità energetiche rinnovabili*, in *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi*, a cura di L. Cuocolo - P.P. Giampellegrini - O. Granato, Milano, 2023, 47 ss.; V. PRUDENTE, *Territori e comunità di energie rinnovabili. Quale ruolo per Regioni ed enti locali?*, in *Diritti regionali*, 1, 2023, 274 ss.

26 Più nello specifico, all'art. 3 rubricato «Comunità Energetica Regionale Lombarda - Assistenza tecnica e sostegno economico e finanziario» è stata prevista la costituzione della Comunità Energetica Regionale Lombarda (CERL), soggetto individuato all'interno della Struttura Energia e Sostenibilità ambientale di ARIA (Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti) S.p.A., società *in house* della Regione che supporta il territorio nell'implementazione di politiche per la transizione energetica e la decarbonizzazione del sistema socioeconomico regionale. Sul punto P.P. GIAMPELLEGRINI, op. cit.

27 Secondo parte della dottrina, tali protocolli avrebbero una natura ibrida, da dover inquadrare caso per caso, non potendo astrattamente essere ricondotti né agli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati *ex art. 11 l. 241/1990*, né agli accordi di programma *ex art. 34 del TUEL*. Così C. MARI, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *federalismi.it*, 29, 2022, 111 ss.



Emilia-Romagna) come anche i mezzi utili a favorirne la partecipazione diretta (si pensi allo strumento dei Protocolli d'intesa tesi a facilitare la cooperazione dell'attore pubblico locale con gli altri *stakeholders*).

Tra i contributi di maggior rilievo da ricondurre alle leggi regionali vi è sicuramente quello della previsione normativa delle c.d. Comunità Energetiche Rinnovabili e Solidali (CERS), ossia una particolare tipologia di CER dedicata a realizzare principalmente benefici sociali, oltre che quelli ambientali e energetici.

Come visto dai richiami operati nel paragrafo precedente all'attuale disciplina nazionale e sovranazionale in materia, infatti, il fine ultimo di una CER è quello di fornire benefici ambientali, economici e sociali ai suoi membri, alla comunità e alle aree locali in cui opera.

La costituzione di una CER, infatti, può anzitutto portare benefici ambientali poiché contribuisce alla riduzione dei gas climalteranti, grazie all'utilizzo di impianti fotovoltaici per la produzione di energia²⁸; in secondo luogo, è in grado di garantire benefici economici di diverso genere, primi fra tutti quelli derivanti dal c.d. "risparmio in bolletta" (più energia si autoconsuma direttamente e più si riducono i costi delle componenti variabili della bolletta) e dal sistema incentivante previsto per i sistemi di autoconsumo collettivo²⁹; infine può garantire benefici sociali non solo ai suoi membri ma anche all'intera collettività in cui essa opera.

Tra i benefici sociali, legati strettamente a quelli economici, vi è sicuramente quello della lotta alla c.d. povertà energetica, definibile come quella «*situazione nella quale una famiglia o un individuo non sia in grado di pagare i servizi energetici primari (riscaldamento, raffreddamento, illuminazione, mobilità e corrente) necessari per garantire un tenore di vita dignitoso, a causa di una combinazione di basso reddito, spesa per l'energia elevata e bassa efficienza energetica nelle proprie case*»³⁰.

28 È stato stimato che il valore medio di emissioni per ogni kilowattora consumato dal contatore domestico è di 352,4 grammi di CO₂ equivalente. La produzione di energia fotovoltaica invece, al netto della CO₂ emessa in fase di realizzazione dell'impianto e dei suoi componenti, non produce emissioni dannose per l'ambiente. Considerando che, in Italia, una famiglia tipo consuma circa 2700 kWh di energia elettrica all'anno, con un impianto fotovoltaico si eviterebbero le emissioni di circa 950 kg CO₂/anno corrispondenti all'attività di assorbimento di circa 95 alberi. Così, *La comunità energetica, Vademecum 2021*, Enea (<https://www.enea.it/it/segui/publicazioni/pdf-volumi/2021/opuscolo-comunita-energetica.pdf>).

29 Per un'analisi del sistema di incentivazione previsto per le CER sia consentito rinviare ancora una volta a A. COIANTE, *Le comunità energetiche rinnovabili nel quadro giuridico europeo e nazionale*, ult. op.cit., e alla dottrina ivi richiamata. Lo stesso sistema di incentivi, come si vedrà *infra*, può essere utilizzato per garantire benefici alla comunità in cui opera la CER.

30 Così il Parere del Comitato europeo delle Regioni dal titolo *Governance multilivello e cooperazione intersettoriale per la lotta contro la povertà energetica*, adottato il 26 giugno 2019. Tuttavia, non vi è una definizione unanime di povertà energetica, ciò principalmente perché la letteratura in materia è unanime nel qualificare la povertà energetica un fenomeno multifattoriale e complesso la cui misurazione, pertanto, dipende fortemente da come vengono raccolti i dati (quali indicatori si utilizzano) e da come essi vengono aggregati e analizzati (A. GRIGNANI, *Le comunità di energia rinnovabile: utile risorsa per il contrasto alla povertà energetica*, in *Ambiente e sviluppo*, 2, 2022, 113 ss.) Ciò ha comportato i singoli Stati membri abbiano adottato indicatori assai eterogenei per misurare la povertà energetica



Tale condizione è richiamata direttamente anche dal Considerando 67 della direttiva RED II, secondo cui lo strumento delle CER, aumentando l'efficienza energetica delle abitazioni, contribuisce a combattere, soprattutto nei confronti di famiglie a basso reddito o di consumatori "vulnerabili", la povertà energetica mediante la riduzione dei consumi e delle tariffe di fornitura.

A livello nazionale, tale aspetto solidaristico è stato il *focus* proprio di diverse leggi regionali.

Tra queste, a titolo meramente esemplificativo, si segnala la l.r. dell'Emilia-Romagna (l. 27 maggio 2022 n. 5) che ha dedicato l'art. 4 alle CER «a forte valenza sociale e territoriale» ossia a quelle CER in possesso di almeno una delle seguenti caratteristiche: a) siano composte da soggetti economicamente svantaggiati, al fine di contrastare la povertà energetica; b) abbiano tra i membri enti del terzo settore, enti proprietari e di gestione di alloggi di edilizia residenziale pubblica o sociale; c) abbiano tra i membri siano presenti enti locali che hanno approvato piani o strategie integrate di adattamento e mitigazione dei cambiamenti climatici, o che abbiano messo a disposizione per realizzare gli impianti sui tetti degli edifici pubblici o aree pubbliche; d) siano situate in aree montane ed interne del territorio regionale, al fine di contrastarne l'abbandono e favorirne il ripopolamento; e) realizzino progetti di inclusione e solidarietà sociale, anche attraverso la collaborazione con gli enti locali e con gli enti del terzo settore.

Per tale tipologia di CER la l.r. ha riconosciuto alla Regione la possibilità di sostenerne e promuoverne lo sviluppo tramite una maggiorazione dei contributi che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) della medesima legge, la Regione può destinare a sostegno delle CER nella fase di costituzione, di progettazione e di acquisto e installazione degli impianti di produzione.

Similmente si è mossa anche la Toscana (l.r. 42/2022) prevedendo (art. 4) dei «criteri di priorità» per l'attribuzione dei benefici previsti dall'art. 3 della medesima legge regionale, tra cui la presenza, tra i componenti della CER, di soggetti economicamente svantaggiati, enti del terzo settore ed enti proprietari e di gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica o sociale; e la presenza, negli atti costitutivi delle CER, di forme di equità sociale, volte a contrastare la povertà energetica e, più in generale, a sostenere l'inclusione ed i soggetti economicamente svantaggiati.

nel loro territorio nazionale. In tal senso si v. si veda il *Commission staff Working Document, EU Guidance on energy poverty* SWD (2020) 960 final. Sul tema si v. anche la relazione elaborata dalla Rete europea dell'energia (2019) dal titolo *Energy Poverty in the European Union, 2019* e il Paper elaborato dall'*Energy Poverty Advisory Hub*, dal titolo *Energy Poverty. National Indicators. Insights for a more effective measuring*, 2022. Inoltre, nel mese di aprile 2022, la Commissione ha istituito (dec. 2022/589) un gruppo di coordinamento sulla povertà energetica e i consumatori vulnerabili (*Energy Poverty and Vulnerable Consumers Coordination Group*) che aiuterà gli Stati membri a confrontarsi su come affrontano il problema della povertà energetica. La necessità di gestire la problematica della povertà energetica rientra anche nei *goals* dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite che, con particolare riferimento al *goal 7*, impegna ad assicurare a tutti entro il 2030 "l'accesso universale ai servizi energetici a prezzi accessibili, affidabili e moderni". Sul tema della povertà energetica e sul ruolo dei consumatori si v. A. GRIGNANI, ult. op. cit., 113 ss.



Tali tipologie di CER per gli obiettivi che perseguono (anche su impulso dei benefici ulteriori erogabili dalla Regione) sono state definite (espressamente dalla l.r. della Liguria 13/2020)³¹ come Comunità Energetiche Rinnovabili Solidali (CERS).

Nonostante queste Regioni virtuose abbiano voluto inserire, all'interno delle proprie leggi regionali, detta peculiare tipologia di CER, con il fine di promuoverne lo sviluppo anche attraverso il riconoscimento di benefici economici ulteriori, occorre evidenziare che la prima esperienza nazionale di CERS è stata quella della CER "Napoli Est", realizzata nella Regione Campania (ad oggi ancora sprovvista di una l.r. di promozione delle CER) e su iniziativa interamente privata³².

La CERS in questione, infatti, è stata promossa da Legambiente Campania e dalla Fondazione con il Sud (che si sono fatte promotrici dell'iniziativa) e vede la partecipazione della Fondazione Famiglia di Maria (ente che gestisce un centro socio-educativo nel quartiere popolare di Napoli San Giovanni a Teduccio e sulla cui sede sono stati installati i pannelli fotovoltaici) e di 40 famiglie, residenti in appartamenti limitrofi alla Fondazione. A tali famiglie, oltre ai benefici energetici ed economici derivanti dall'operatività della CER in senso stretto, vengono garantiti servizi socio-assistenziali e percorsi formativi sull'approvvigionamento dell'energia rinnovabile³³.

Il ruolo sino ad oggi assunto dalle Regioni è dunque, anzitutto, quello di organizzazione e di indirizzo e di promozione delle iniziative di CER, di sostegno economico e tecnico alle stesse ma, in linea con le politiche UE, anche di una loro ampia funzionalizzazione verso gli interessi della comunità locale. Da qui il particolare rilievo riconosciuto a quelle iniziative di CER tese a contrastare la povertà energetica, (favorendo la partecipazione di soggetti socialmente svantaggiati), o che prevedano, tra i propri membri, enti proprietari e di gestione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, o enti locali che abbiano approvato piani o strategie di mitigazione dei cambiamenti climatici o che realizzino, anche in collaborazione con gli enti locali, progetti di inclusione e solidarietà o equità sociale.

Tuttavia, come visto con il richiamato esempio della CER di Napoli Est, anche senza un diretto supporto in tal senso da parte degli enti territoriali regionali, tali iniziative hanno visto come protagonisti i cittadini che (anche in forma aggregata), si sono fatti promotori di iniziative "da" e "per" la comunità di appartenenza.

2.1 Il contributo dell'amministrazione comunale

Come noto, il Comune è l'ente locale di massima prossimità ai cittadini e preposto, in forza del principio di sussidiarietà verticale³⁴, allo sviluppo e alla cura degli interessi delle comunità

31 L'art. che disciplina le CERS è il 3-bis, inserito dall'art. 7 l.r. 14/2022.

32 Per approfondimenti si v. il Report curato da Legambiente dal titolo *Tutti i segreti per un'energia condivisa e solidale*, 2022, disponibile al seguente link: <https://www.comunirinnovabili.it/wp-content/uploads/2022/03/guida-comunita%CC%80-energetiche-WEB-1.pdf>

33 Cfr. il sito web della Fondazione con il Sud, consultabile al seguente link: <https://www.fondazioneconilsud.it/progetto-sostenuto/comunita-energetica-e-solidale-di-napoli-est/>.

34 Come noto l'art. 118 Cost. per come modificato dalla riforma del titolo V (art. 4 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3) enuncia le regole e i principi che guidano le distribuzioni delle funzioni amministrative tra gli enti



locali³⁵ e che, come ricordato nei paragrafi precedenti, a livello sovranazionale e nazionale, detiene un ruolo chiave all'interno delle iniziative intraprese per lo sviluppo della transizione energetica e per la lotta al cambiamento climatico³⁶.

Con particolare riferimento alle iniziative di CER, il loro ambito di operatività locale (legato all'inscindibile legame che i membri devono avere con il territorio in cui è operativa la CER) ha come conseguenza che le amministrazioni che possono partecipare direttamente a una CER in qualità di membri sono state identificate, dalla normativa europea, proprio con le «*autorità locali, comprese le amministrazioni comunali*» (art. 2 punto 16 della direttiva RED II) e specificatamente, dalla normativa nazionale, con gli «*enti territoriali e autorità locali ivi incluse quelle comunali*» ma anche «*gli enti ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale*», nonché «*le amministrazioni pubbliche di cui all'elenco dell'ISTAT*»,

che, ai sensi dell'art. 114 Cost., costituiscono la Repubblica (Comuni, Città metropolitane, Province, Regioni, Stato). Il primo comma, stabilendo che «*Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*» attribuisce le funzioni amministrative, in via preferenziale ai Comuni Cfr. S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., 2008, 1065 ss. In altre parole, il principio di sussidiarietà verticale vuole che le funzioni amministrative siano attribuite ai Comuni, cioè al livello di governo più prossimo ai cittadini destinatari dell'azione pubblica, salvo che si tratti di funzioni che richiedono un esercizio unitario al livello sovra-comunale. L'attribuzione delle funzioni amministrative al livello di governo più decentrato è comunque possibile a condizione che ciò sia compatibile con l'esigenza di considerare le caratteristiche strutturali, demografiche, e territoriali degli enti cui si intendono demandare le attribuzioni (principio di differenziazione) e con quella di tenere conto dell'idoneità organizzativa di ogni ente (principio di adeguatezza). Ciò fa sì che lo spostamento verso l'alto della competenza amministrativa si verifica in presenza di una concreta inadeguatezza del livello inferiore allo svolgimento della funzione di cui si tratta. Così A. CELOTTO - L. SALTARI, *Costituzione ragionata*, VII, 2020, 331 ss. Dal momento che il principio di sussidiarietà rappresenta uno dei principi cardine del sistema costituzionale delle autonomie territoriali è stato oggetto di ampio approfondimento da parte della dottrina ormai sterminata, motivo per cui si intende qui richiamare alcuni tra gli studi più recenti (E. CARLONI, *Il Titolo V e lo stato delle autonomie, vent'anni dopo*, in *Diritti regionali*, 1, 2022, 1 ss.; S. PAJNO, *Le autonomie territoriali tra principio di sussidiarietà e principio di corrispondenza tra funzioni e risorse*, in *federalismi.it*, 7, 2023) e alcuni studi monografici (G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, e M. ARMANNO, *Il principio costituzionale di sussidiarietà. Premesse teoriche. Modelli operativi. Esperienza dell'Unione europea*, Torino, 2011; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazione, estensioni, garanzia*, Bologna, 2013, L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2018). Sull'influenza del diritto comunitario nell'affermazione del principio di sussidiarietà si v. P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 3 ss.; V. GUIZZI, *Sussidiarietà (dir. comunitario)*, in *Enc. giur.*, 2000, 1 ss.

35 Cfr. art. 3 TUEL (d.lgs. n. 267/2000 s.m.i.).

36 Si pensi, ad esempio, al già ricordato Patto dei sindaci, dei 7.931 Comuni italiani censiti dall'Istat nell'anno 2019, quelli aderenti all'iniziativa sono 4.608 e di questi 3.716 hanno adottato un PAESC individuale e 892 in maniera congiunta. Dati estrapolati dal Report dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) «*Stato di attuazione del Patto dei Sindaci in Italia*», 2019, consultabile al seguente link: https://www.isprambiente.gov.it/files2020/pubblicazioni/rapporti/rapporto_316_2020.pdf.



circoscritte a quelle con dimensione locale «*situate nel territorio degli stessi Comuni in cui sono ubicati gli impianti*» (art. 31 del decreto RED II).

L'amministrazione comunale, che viene richiamata espressamente da entrambe le discipline, come si vedrà nel proseguo, in quanto livello di governo più prossimo ai cittadini e alla comunità locale, detiene un ruolo chiave nello sviluppo delle iniziative di CER.

La richiamata normativa ne legittima, anzitutto, la partecipazione diretta come membro³⁷ ma, come si cercherà di evidenziare, il ruolo dell'ente comunale non si esaurisce (e non dovrebbe esaurirsi) a tale funzione.

Andando per gradi, la partecipazione diretta dell'amministrazione comunale come membro di una CER può avvenire con due modalità: come *prosumer*, mettendo quindi a disposizione della CER, a titolo di contributo derivante dalla partecipazione alla stessa, gli impianti di produzione di energia rinnovabile³⁸ (solitamente installati sopra parti di edifici pubblici); o come semplice consumatore, potendo partecipare a una CER promossa e costituita da altri sul proprio territorio. In tale ultimo caso potrebbe decidere di mettere a disposizione – attraverso, ad esempio, la stipula di contratti di comodato – gli edifici (o anche solo porzioni di essi) utili all'installazione degli impianti. Tale contributo dell'ente potrebbe essere remunerato attraverso una ripartizione degli incentivi³⁹ spettanti alla CER che, nel rispetto della partecipazione degli altri membri, compensi tale apporto dell'ente locale.

Tale meccanismo potrebbe essere applicato anche nell'eventualità in cui il Comune sia anche *prosumer*, e quindi abbia messo a disposizione gli impianti di produzione dell'energia (o anche parte di essi): la CER potrebbe riservare all'ente locale una quota degli incentivi

37 Nell'ipotesi in cui vi sia una diretta partecipazione pubblica alla CER la forma giuridica che assumerà la CER non potrà non risentirne. Nell'ipotesi in cui, ad esempio, la CER venga costituita in forma societaria si dovrà tenere conto dell'applicabilità del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.l.gs., 19 agosto 2016, n. 175). In questo senso A. PERSICO, op. cit., 5. Sulle forme giuridiche che può assumere una CER si rinvia a E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2020, 71 ss., con particolare riferimento a una CER con partecipazione comunale si v. L. CUOCOLO, *Il ruolo degli enti locali nella promozione e nella costituzione delle comunità energetiche rinnovabili*, in *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi*, a cura di L. Cuocolo - P.P. Giampellegrini - O. Granato, Milano, 2023, 58 ss. (versione online). Come visto poi, in diverse Regioni, il Comune che intende prender parte alla costituzione di una CER deve adottare uno specifico Protocollo d'Intesa teso a delineare le forme della collaborazione da instaurare con gli altri membri della CER.

38 L'art. 31, comma 2, lett. d) del d.l.gs. 199/202 specifica che gli impianti già esistenti possono aderire alla comunità energetica per una misura non superiore al 30% della potenza complessiva che fa capo alla comunità. Ciò non impedisce che il Comune possa realizzare anche nuovi impianti anche attraverso l'uso di fondi PNRR. Per approfondimenti si v. L. CUOCOLO, ult. op. cit.

39 Il riparto degli incentivi viene stabilito autonomamente dai membri della CER o in un contratto di diritto privato, oppure all'interno dello Statuto o regolamento della CER. Vi sono state esperienze in cui è stato preferito il primo strumento per evitare di modificare lo Statuto o il Regolamento del soggetto giuridico. Così, ad esempio, è avvenuto nell'esperienza della comunità energetica di Ferla (SR). Cfr. il già richiamato Report *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*, 61.



proporzionata all'apporto detenuto nella costituzione della stessa, incentivi da reinvestire per lo sviluppo e a favore della comunità locale.

Astrattamente, la partecipazione diretta dell'ente comunale come membro della CER potrebbe quindi portare con sé diversi vantaggi. Anzitutto, potrebbe assicurarsi, nei termini suddetti, una quota più ampia degli incentivi spettanti alla CER che potrebbe reinvestire sul territorio e a favore della comunità. Il Comune, in qualità di membro, può poi partecipare alla stesura dello statuto e del regolamento della comunità, potendo così veicolare in maniera più diretta il perseguimento di fini sociali da parte della comunità.

Con riferimento ai fini sociali, la partecipazione diretta dell'ente comunale può poi facilitare il coinvolgimento di edifici pubblici (stimolandone anche un'eventuale riqualificazione)⁴⁰ di rilievo sociale come scuole o alloggi di edilizia residenziale pubblica, coinvolgimento che, in alcune Regioni, come visto, può comportare benefici economici ulteriori. Ciò è quanto avvenuto, a titolo meramente esemplificativo, nel piccolo Comune di Biccari (FG), dove l'amministrazione pubblica, con l'obiettivo di combattere la povertà energetica, in accordo con l'ente regionale responsabile della gestione dell'edilizia di residenza pubblica (proprietario degli immobili)⁴¹ e in collaborazione con una cooperativa energetica (partner tecnico), ha inteso avviare una CER in un quartiere di case popolari⁴².

Vi sono poi esperienze dove il ruolo del Comune diviene imprescindibile, ossia nell'ipotesi in cui la costituzione di una CER preveda la collaborazione di più enti territoriali magari perché i cittadini potenziali aderenti alla stessa afferiscono alla medesima cabina, ma risiedono in comuni differenti, oppure perché i benefici locali di una CER sono destinati a ricadere sul territorio di più comuni⁴³. In questo caso, alla costituzione della CER si dovrebbe precedere con un accordo di collaborazione tra amministrazioni per lo svolgimento di attività di interesse comune *ex art. 15 l. 241/1990*⁴⁴.

40 Tale ipotesi si è verificata, ad esempio, nel progetto di comunità energetica nel Comune di Sestri Levante, in provincia di Genova, nel quartiere Tannino. Promotore dell'iniziativa, membro e prosumer è stata l'amministrazione comunale. Il progetto – come è dato leggere nel report sulle CER a cura di Legambiente (2022, 37, consultabile al seguente link: <https://www.comunirinnovabili.it/wp-content/uploads/2022/05/CR2022-2.pdf>) – comporta anche la riqualificazione degli edifici di proprietà comunale sulle cui coperture verranno installati gli impianti.

41 In particolare, il Comune ha avuto gratuitamente il diritto di superficie sui tetti degli immobili di proprietà dell'ente regionale (poi coinvolto nella CER), dove verranno installati circa 60 kw di fotovoltaico, in aggiunta ai 30 kw già realizzati sugli immobili di proprietà comunale.

42 Si stima che faranno parte della comunità circa 60 membri, principalmente residenziali (di cui 18 famiglie appartenenti al quartiere di case popolari), e alcune piccole imprese locali.

43 A titolo meramente esemplificativo si richiama l'esperienza della CER *"Nuove Energie Alpine"*, la prima comunità energetica rinnovabile c.d. di area vasta poiché superando il limite della cabina primaria, riunisce sotto di sé configurazioni diverse di energia condivisa (che in altre condizioni potrebbero costituire anche CER separate) distribuite in Comuni serviti da cabine primarie differenti. Per approfondimenti si v. il già richiamato Report curato da Legambiente, spec. p. 36 ss.

44 Sull'utilizzo degli accordi di collaborazione tra amministrazioni locali in materia di CER tesi alla condivisione del "know-how" e delle buone pratiche si v. A. PERSICO, *op.cit.*, 12.



Nell'ipotesi in cui invece il Comune non intenda partecipare direttamente alle iniziative di CER in qualità di membro, potrebbe comunque decidere di mettere a disposizione gli spazi da destinare alla costruzione degli impianti della comunità, tramite l'utilizzo dei contratti c.d. attivi ritenuti più adeguati al raggiungimento dello scopo⁴⁵.

Dall'analisi delle esperienze presenti sino ad oggi sul territorio nazionale⁴⁶, può dirsi che il Comune come membro della CER ha spesso la funzione di *prosumer*: gli impianti vengono realizzati con fondi pubblici su edifici pubblici. In tale ipotesi, solitamente, il Comune si fa anche promotore dell'iniziativa di costituzione alla CER. È quanto avvenuto, ad esempio, per la costituzione della comunità energetica nel Comune di Tito (PZ), ove il Comune si è fatto promotore dell'iniziativa, ha poi messo a disposizione della comunità le superfici dove installare gli impianti di produzione e le ha poi attribuito in comodato d'uso gratuito questi ultimi, riservandosi una quota maggioritaria degli incentivi⁴⁷. Similmente è avvenuto per la comunità energetica di Ferla (*CommonLight*) ove l'impulso all'iniziativa è stato dato dal Comune che ha sostenuto integralmente i costi di installazione degli impianti, nonché di tutti gli altri costi strumentali e amministrativi (e.g. consulenze), ha poi raccolto le manifestazioni di interesse dei soggetti potenzialmente interessati a prender parte all'iniziativa e ha provveduto a coinvolgere e ad informare la cittadinanza attraverso una variegata serie di

45 In tale ipotesi, la finalità dell'operazione realizzata dal Comune, è quella di valorizzare il proprio territorio favorendo la costituzione di una CER ma, mettendo a disposizione dell'iniziativa privata - costituita dalla CER, a cui l'ente locale non partecipa - superfici di proprietà comunale, al fine di consentire l'installazione di impianti, deve tendere anche alla valorizzazione economica del proprio patrimonio. Per tale ragione il corrispettivo per la messa a disposizione degli spazi dovrà comunque risultare congruo, in relazione al valore commerciale degli spazi ceduti in godimento. La possibilità di cedere in godimento a titolo gratuito gli immobili di proprietà comunale potrebbe essere ipotizzata se la CER è destinata al conseguimento di fini di interesse generale. Per approfondimenti si v. *Linee guida per la partecipazione degli enti locali*, redatte dal Consorzio dei Comuni del Trentino. Un discorso parzialmente differente riguarda l'ipotesi che la comunità energetica sia costituita come ETS, ai sensi del d.lgs. 117/2017. In tal caso, a determinate condizioni, può trovare applicazione il Titolo VII del Codice del terzo settore, che prevede forme di accordo tra ETS ed enti locali che sottostanno a un regime semplificato rispetto a quello dei Contratti pubblici. Così, L. CUOCOLO, op. cit. Per un'analisi approfondita tra ETS e CER si v. V. SCIPINOTTI, *Il ruolo degli enti locali*, in *La via italiana alle comunità energetiche*, a cura di S. Monticelli, L. Ruggeri, Napoli, 2022, 99 ss., spec. 117.

46 Per una recente ricostruzione si rinvia al Report realizzato da Enea in collaborazione con LUISS Guido Carli dal titolo "*Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*", 2021 (https://www.enea.it/it/Ricerca_sviluppo/documenti/ricerca-di-sistema-elettrico/adp-mise-enea-2019-2021/tecnologie-per-la-penetrazione-efficiente-del-vettore-elettrico-negli-usi-finali/report-rds_ptr_2021_053.pdf). Per una mappatura aggiornata delle CER sul territorio nazionale si v. il sito di Legambiente: <https://www.comunirinnovabili.it/mappa/> e il report sul censimento delle CER relativo all'anno 2022, consultabile qui: <https://www.comunirinnovabili.it/wp-content/uploads/2022/05/CR2022-2.pdf>.

47 Cfr, Report, *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*, 59.



strumenti di sensibilizzazione (*call*, *teaser* e riunioni nelle quali figure esperte spiegavano i vantaggi della CER)⁴⁸.

I Comuni, infatti, non solo possono partecipare direttamente alle CER come membri (al pari delle persone fisiche o delle imprese private) o contribuire alla realizzazione delle stesse come soggetti esterni (fornendo, ad esempio, la disponibilità degli spazi su cui installare gli impianti) ma, come visto negli esempi richiamati, possono anche compiere tutta una serie di attività ulteriori tese alla promozione e al supporto di tali iniziative all'interno dei loro territori e che possono essere ricondotte alla figura del Comune come soggetto "aggregatore".

Anzitutto, tra le attività di cui si può far carico l'ente comunale vi è quella dell'accrescimento della c.d. alfabetizzazione energetica (*energy literacy*)⁴⁹. In generale, infatti, lo sviluppo dell'utilizzo delle energie rinnovabili è intrinsecamente legato all'aumento della loro accettabilità sociale che, a sua volta, è connessa alla possibilità, per i cittadini, di accedere a informazione puntuali circa i benefici economici, sociali e ambientali legati all'utilizzo delle stesse. Come si evince dalle già richiamate politiche UE sul tema delle energie rinnovabili, il successo della transizione energetica dipende, in larga parte, non solo dalla collaborazione ma dalla partecipazione diretta dei cittadini a tale processo. Ciò è possibile solo consentendo a quest'ultimi di divenire utenti consapevoli.

Lo strumento delle CER, inoltre, sconta il paradosso di essere stato sì concepito come uno strumento a disposizione dell'iniziativa (principalmente) dei cittadini, ormai individuati come protagonisti della transizione energetica, ma allo stesso tempo di portare con sé un elevato grado di complessità, sia normativa che tecnica, difficilmente accessibile al cittadino comune⁵⁰ (se non anche alla stessa amministrazione, soprattutto se di piccole dimensioni)⁵¹.

48 Ad oggi i membri della comunità sono quattro oltre al Comune, nello specifico due attività commerciali locali (piccole imprese) e due utenze domestiche (famiglie). Per approfondimenti si v. il già menzionato Report, *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*, 62.

49 K. L. VAN DEN BROEK, *Household energy literacy: A critical review and a conceptual typology*, in *Energy Research & Social Science*, 57, 2019; M. KARIKARI APPIAH - E. KWAKU GYENING - P. KORLEKIE TEYE - C. FRIMPONG - A. NSOWAH, *The implications of energy literacy on energy savings behavior: A model of contingent effects of energy value and attitude*, in *Energy Reports*, 10, 2023, 72 ss.

50 Cfr. L. CUOCOLO, *Il ruolo degli enti locali nella promozione e nella costituzione delle comunità energetiche rinnovabili*, in *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi*, a cura di L. Cuocolo, P.P. Giampellegrini, O. Granato, Milano, 2023, 58 ss.

51 Vi sono stati casi in cui, infatti, nell'iter di costituzione delle CER l'amministrazione è stata affiancata da "partner tecnici" (c.d. facilitatori). Ad esempio (secondo il già richiamato Report Report, *Energy Communities*, op.cit.) nella comunità energetica del Comune di Biccari di circa 2.700 abitanti (FG), l'amministrazione è stata affiancata dalla cooperativa energetica ènostra che si è occupata di tutti gli aspetti tecnici del progetto (es. studio di fattibilità) o ancora la comunità energetica sorta nel Comune di Berchidda di circa 2.500 abitanti (SS) si è dotata del supporto tecnico del Dipartimento di ingegneria dell'Università degli Studi di Cagliari. La ricerca di tali figure avviene attraverso manifestazione di interesse pubblicata dall'Amministrazione promotrice dell'iniziativa. Si v., ad esempio, quella pubblicata dal Comune di Tito (<https://comune.tito.pz.it/ricerca-di-un-facilitatore-per-la-creazione-di-comunita-energetiche-rinnovabili/>).



L'amministrazione comunale, proprio per la vicinanza con i propri cittadini, dovrebbe dotarsi di strumenti utili a veicolare agli stessi le informazioni necessarie per comprendere non solo l'utilità dell'istituzione di una CER per i singoli membri e per la comunità di appartenenza, ma anche le modalità tecniche per la sua realizzazione. In questo senso merita una menzione l'iniziativa intrapresa dal Comune di Roma che si sta dotando di sportelli informativi tesi a garantire ai cittadini informazioni e consulenze in materia di progettazione e gestione di CER⁵².

Sempre nell'ottica di informare e coinvolgere i cittadini, il Comune potrebbe poi organizzare nei propri spazi incontri di informazione e sensibilizzazione e potrebbe anche pubblicizzare le iniziative concernenti la costituzione di CER sul proprio territorio; indire manifestazioni di interesse sotto la forma di indagini esplorative per "mappare" le possibilità energetiche del proprio territorio (e dei propri cittadini), individuando così possibili membri per le CER⁵³; potrebbe poi anche facilitare l'incontro dei diversi *stakeholders* locali presenti sul territorio e interessati alla costituzione di una CER. Quest'ultima ipotesi si è verificata, ad esempio, per la costituzione della comunità energetica di Macerata Feltria (PU) ove il Comune ha svolto unicamente il ruolo di soggetto aggregatore per far incontrare e convergere i diversi (e futuri) membri della costituenda CER decidendo, tuttavia, di non prendere parte direttamente all'iniziativa⁵⁴.

Vi sono poi stati casi come, ad esempio, quello della comunità energetica di Melpignano (LE), in cui il Comune, dopo essersi fatto promotore dell'iniziativa di costituzione della CER e avervi inizialmente aderito, ha poi addirittura deciso di uscire dalla comunità, a causa (da quanto è dato apprendere) di possibili conflitti di interesse⁵⁵. Tuttavia, nonostante il venir meno della collaborazione formale con l'attore pubblico, la CER di Melpignano ha comunque deciso di reinvestire gli utili ottenuti per la realizzazione di altri progetti tesi alla

52 L'obiettivo è di instaurarne uno in ogni Municipio. Il primo sportello è stato aperto presso il Municipio XIII, a seguito di un Protocollo di intesa con Federconsumatori Lazio. Per approfondimenti si rimanda al sito web del Comune (<https://www.comune.roma.it/web/it/notizia.page?contentId=NWS1064582>).

53 Si. v. a titolo meramente esemplificativo la recente Manifestazione di interesse del Comune di Castel Gandolfo: <https://www.comune.castelgandolfo.rm.it/index.php/home/news-dal-comune/1523-comunita-energetica-avviso-di-manifestazione-d-interesse>

54 Report, *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*, 57.

55 Cfr. Report, *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*, 65, ove si legge che il Comune si era inizialmente fatto promotore dei primi interventi utili alla costituzione della CER. Ad esempio, aveva contribuito, insieme al Dipartimento di ingegneria dell'Innovazione dell'Università del Salento e la Cooperativa Sociale Officine Creative di Lecce, a redigere lo studio di fattibilità necessario per la realizzazione della CER. Quest'ultima è quindi nata su iniziativa del Comune che inizialmente era entrato a far parte della comunità per poi uscirne a causa del rischio di possibili conflitti di interesse con altri progetti e attività.



valorizzazione della comunità locale di appartenenza come, ad esempio, la riqualificazione del parco pubblico⁵⁶.

Ciò posto, nonostante l'importanza della partecipazione (sia diretta che indiretta) dell'ente comunale all'interno del percorso di costituzione di una CER, vi sono diverse ipotesi di CER partecipate e finanziate interamente da privati, in cui non vi è traccia di alcun ruolo dell'amministrazione pubblica.

Si richiama, a titolo meramente esemplificativo, l'esperienza della CER "Monticello Green Hill" del Comune di Monticello Brianza, ove l'iniziativa è stata supportata e promossa da una ESCo (Energy service company) e, allo stato attuale, vede la partecipazione di dodici utenze private. La comunità, nonostante sia interamente privata, ha stabilito che gli utili della CER verranno distribuiti per il 50% tra i membri e il restante 50% sarà utilizzato per finanziare iniziative di *welfare* territoriale⁵⁷. Similmente, e sempre a titolo meramente esemplificativo, è nota l'esperienza della CER "Energia Verde Connessa" nel Comune di Imola, anche questa interamente finanziata da una ESCo e partecipata da privati (tre imprese di cui due nel ruolo di *prosumer* e una nel ruolo di *consumatore*)⁵⁸.

3. Il principio di sussidiarietà (anche) sociale come perno della transizione energetica

Come visto nei paragrafi precedenti, quello delle comunità energetiche rinnovabili costituisce uno tra gli strumenti cardine della transizione energetica in grado sia di permettere ai cittadini-consumatori di divenire protagonisti della stessa, sia di coinvolgere nel loro sviluppo non solo le comunità di appartenenza ma anche l'attore pubblico e, in particolare, le amministrazioni locali. Si è visto infatti che, dato l'inscindibile legame con il territorio che le CER detengono, in un'ottica di sussidiarietà verticale, l'ente locale in grado di poter partecipare in maniera preponderante e diretta al loro sviluppo è senz'altro il Comune, altro protagonista delle politiche energetiche sovranazionali. Anche nell'ottica sovranazionale sembra infatti che le amministrazioni comunali stiano divenendo gli enti locali per eccellenza della transizione energetica.

Questa collaborazione tra privati, comunità di appartenenza e soggetti pubblici che viene ad instaurarsi con lo strumento delle CER è stata definita, da parte della dottrina⁵⁹, come una

56 Report, *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*, 65. Tra le iniziative per la comunità portate avanti dalla CER di Melpignano vi è anche la creazione della prima "Casa dell'acqua", acquistando un erogatore che fornisce acqua minerale, al fine di ridurre l'uso delle bottiglie di plastica e incentivare il consumo dell'acqua pubblica. La CER ha poi investito nel «Progetto Scambio - Solidarietà con anziani, mamme, bambini insieme oggi», volto a contrastare la solitudine e la ludopatia, migliorare l'assistenza domiciliare e riattivare il dialogo intergenerazionale.

57 Cfr. il già richiamato Report curato da Legambiente, spec. 40 ss.

58 Per approfondimenti *Ibidem*, 42. Interamente privata è anche l'iniziativa della CER avviata nel Comune di Cassino da una Start-up innovativa e un'abitazione residenziale (*Verso il futuro – Comunità Energetica del Lazio Meridionale*) ma anche l'esperienza nel Comune di Marsciano (PG), per approfondimenti si v. il sito di Legambiente (<https://www.comunirinnovabili.it/la-comunita-energetica-via-dei-partigiani/>).

59 Il termine è stato utilizzato, con particolare riferimento alle CER, da L. GIANI, G. IACOVONE, A. IACOPINO, *Commoning e territori: brevi spunti sulle potenzialità delle comunità energetiche*, in *Dir. e soc.*, 4,



nuova forma di partenariato pubblico-privato⁶⁰ che andrebbe ad innovare il tradizionale binomio pubblico-privato⁶¹ attraverso il coinvolgimento della comunità e che prende il nome di partenariato pubblico-privato-comunità⁶². Riprendendo l'analisi compiuta nel paragrafo

2022, 643 ss., spec. 648, G. STRAZZA, *Le comunità energetiche come comunità di dati*, *ivi*, 691, spec. 699; C. MARI, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *federalismi.it*, 29, 2022, 111 ss., spec. 113, si v. anche T. FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2022, 15, fa riferimento, invece, al trinomio «pubblico-privato-società civile».

60 Per una ricostruzione sulle diverse nozioni e forme del partenariato pubblico-privato sia consentito il rinvio a C. IAIONE - A. COIANTE, *Il partenariato per l'innovazione sostenibile nel settore sanitario*, in *Riv. giur. edil.*, 6, 2022, 504 ss. e ai riferimenti *ivi* contenuti.

61 Per un'analisi approfondita del partenariato pubblico-privato si rinvia, *ex multis*, al volume AA. VV., *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2011. In particolare, al contributo introduttivo di G. PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, *ivi*, 3 ss. secondo cui la collaborazione pubblico-privato è un fenomeno caratterizzato da molteplici sfaccettature e che abbraccia dinamiche differenti. L'A. ipotizza una scala articolata su tre livelli di intensità della collaborazione tra pubblico e il privato che sono: i) di separazione, ii) di scambio, iii) di cooperazione. La prospettiva della separazione si ha quando l'attività di interesse generale vengono svolte autonomamente dai privati con le pp.aa. che sono tenute a riconoscere tale situazione senza potersi in questa ingerire se non al fine di favorirne lo sviluppo. Si tratta di dinamiche riconducibili alla dinamica della sussidiarietà orizzontale. Per quanto riguarda le relazioni di scambio esse implicano che il primo provvede ad assolvere un compito pubblico ma utilizzando le prestazioni rese dal privato dietro corrispettivo o altra utilità. La dinamica è quindi puramente sinallagmatica e siamo nell'ambito degli appalti pubblici. Il rapporto di cooperazione si ha invece quando il pubblico e il privato non si limitano a scambiarsi utilità nello svolgimento di un'azione diretta a realizzare un intervento pubblico, bensì collaborano pienamente per il raggiungimento di tale obiettivo. Gli strumenti utilizzati per regolare i rapporti tra pubblico e privato in quest'ambito sono quelli consolidati come, ad esempio, la concessione, l'accordo o la costituzione di società ma anche quelli più innovativi come il partenariato.

62 La nozione di Partenariato Pubblico Privato (p.p.p.) rappresenta, come è stato puntualmente osservato, non tanto un istituto giuridico di carattere unitario, bensì «un fascio di istituti giuridici caratterizzati da alcuni comuni elementi» (M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Finanza di progetto e partenariato pubblico privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, a cura di G.F. Cartei - M. Ricchi, Napoli, 2015, 3 ss) o «un'etichetta definitoria» all'interno della quale trova collocazione «un complesso piuttosto eterogeneo di fenomeni, istituti e rapporti» (C. CONTESSA, *P.p.p.c.: Modello generale*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2019, 207 ss.). Il termine qui richiamato si riferisce ad uno strumento di *governance* pubblica collaborativa e rimanda a quello utilizzato da C. IAIONE, *L'azione collettiva urbana tra partenariato pubblico-comunità e pubblico-comunità-privato*, in P. Chirulli - C. Iaione (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli 2018, 17 ss.; *Id.*, *Il diritto all'innovazione sostenibile per l'investimento nelle infrastrutture sociali. Un'analisi empirica*, in *Riv. giur. edil.*, 6, 2021, 301 ss. Più recentemente anche S. FOSTER - C. IAIONE, *Co-Cities Innovative Transitions toward Just and Self-Sustaining Communities*, Cambridge, 2022 dove gli autori ipotizzano il passaggio a una nuova forma di partenariato il c.d. *public-private-science-social-community partnerships*, in grado di superare la dicotomia pubblico-privato nella *governance* dei beni comuni urbani.



precedente sui possibili ruoli che può assumere l'ente locale (in particolare comunale) nello sviluppo e nella costituzione di CER, nell'ipotesi in cui partecipi direttamente alla CER come membro (in particolare come *prosumer*) può riconoscersi l'effettiva costituzione di un partenariato pubblico-privato-comunità, addirittura istituzionalizzato tramite la costituzione di un soggetto giuridico *ad hoc* per il perseguimento di un obiettivo comune e a favore della collettività⁶³.

Tale collaborazione, tuttavia, sembra potersi ricondurre a una dinamica collaborativa pubblico-privato che vede il privato comunque subordinato alla tradizionale riserva di titolarità, in capo ai soggetti pubblici, dell'esercizio delle funzioni che perseguono l'interesse pubblico. In altre parole, con particolare riferimento all'ipotesi in cui la costituzione di una CER sia promossa dall'attore pubblico, in cui sia quest'ultimo a mettere a disposizione le superfici dove installare gli impianti, a installarli, a farsi carico dei costi necessari alla costituzione della CER, per poi coinvolgere la cittadinanza e la comunità locale, la collaborazione pubblico-privato che viene a costituirsi appare ancora improntata sul c.d.

63 Come noto, a livello comunitario (nel Libro Verde «*relativo ai Partenariati Pubblico-Privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*» COM (2004) 327), è stata proposta la distinzione tra Partenariati puramente contrattuali (p.p.p.c.), fondati esclusivamente su rapporti convenzionali, e Partenariati istituzionalizzati (p.p.p.i.), ossia tutti quei rapporti di cooperazione pubblico-privato che vedono la creazione di un'entità giuridica *ad hoc* detenuta congiuntamente dal partner pubblico e da quello privato. Secondo un'altra ripartizione, le forme di cooperazione pubblico-privato possono suddividersi in base al livello istituzionale di cooperazione: macro, meso, micro. A livello macro, le collaborazioni pubblico-privato si instaurano al fine di creare o implementare un certo tipo di *policy* solitamente con l'obiettivo di stimolare il mercato verso il perseguimento di una maggior sostenibilità. In questo senso può essere letto, a titolo meramente esemplificativo, il regolamento della Commissione UE sulla *Taxonomy* (2020/852) con cui l'UE ha espressamente riconosciuto che, per raggiungere gli obiettivi dell'UE in materia di clima e di energia per il 2030 e gli obiettivi del Green Deal, è fondamentale che l'UE diriga gli investimenti del mercato verso progetti e attività sostenibili. Più nello specifico, con tale regolamento la Commissione ha individuato le condizioni necessarie affinché un'attività economica possa considerarsi sostenibile. Tornando alla classificazione dei p.p.p., a livello meso, è possibile collocare le c.d. *partnership* istituzionalizzate/partenariati istituzionalizzati ossia quelle forme di collaborazione che vedono, come anticipato, la creazione di un veicolo giuridico *ad hoc* per il raggiungimento, tramite la condivisione di capitali e rischi, di un obiettivo comune. A titolo esemplificativo, rientrano in questa categoria le società miste o le fondazioni miste ma anche la creazione di programmi di sviluppo, ricerca, innovazione a cui possono partecipare una pluralità di attori (come, ad esempio, imprese ed enti di ricerca) in grado di individuare obiettivi congiunti per il raggiungimento dei quali sia necessario mobilitare risorse comuni. Al livello micro le collaborazioni pubblico-privato sono invece da ricondurre i p.p.p. di tipo contrattuale. Tale forma di collaborazione viene considerata particolarmente rilevante per le amministrazioni a livello locale poiché consente il conseguimento di un duplice risultato: da un lato, la Pubblica Amministrazione, attraverso un approccio c.d. strategico al mondo del *procurement*, è in grado di migliorare la quantità e la qualità dei servizi pubblici e, dall'altro, può, non solo stimolare l'innovazione, ma anche orientarla verso obiettivi sostenibili e di utilità sociale. Cfr. V. VECCHI - N. CUSUMANO - F. CASALINI, *Una P.A. reattiva: il ruolo delle collaborazioni pubblico privato*, in www.sdabocconi.it, par. 2.



«paradigma bipolare»⁶⁴, cioè sull'idea che sia l'amministrazione l'unica in grado di poter perseguire l'interesse pubblico e gli amministrati siano meri destinatari-beneficiari dell'intervento pubblico.

Tuttavia, come visto, l'esperienza delle CER non si riduce solamente a tale ipotesi.

Vi sono stati infatti diversi casi in cui la costituzione delle CER è stata promossa e poi partecipata interamente dai privati che, anche in forma aggregata, si sono fatti promotori di iniziative "da" e "per la comunità di appartenenza e dove il pubblico non ha giocato alcun ruolo diretto o ne ha avuto uno marginale, comunque non preminente. Si pensi, ad esempio, alla richiamata esperienza della CER "Napoli Est", ad iniziativa interamente privata – ad oggi riconosciuta come la prima esperienza sul territorio nazionale di comunità energetica rinnovabile solidale – tesa a garantire ai partecipanti (per larga parte famiglie in stato di bisogno) non solo benefici energetici ed economici derivanti dall'operatività della CER ma anche sociali. E così pure l'esperienza della CER di Melpignano ove, nonostante la sopravvenuta uscita dell'ente comunale dalla compagine della CER, quest'ultima ha inteso comunque reinvestire gli utili ottenuti in progetti tesi alla valorizzazione della comunità locale; ma anche la CER del Comune di Monticello, ove è stato stabilito che gli utili verranno per metà distribuiti tra i privati partecipanti e per metà reinvestiti in iniziative di *welfare* territoriale. In queste ipotesi, i privati si sono fatti promotori, in prima persona, di iniziative tese a garantire loro, principalmente, benefici ambientali ed economici, ma hanno inteso comunque risaltarne la componente sociale, tesa a coinvolgere soggetti svantaggiati, a combattere la povertà energetica e a garantire, quindi, benefici sociali, economici e ambientali all'intera comunità locale di appartenenza.

Ricondurre tali ipotesi a mere esperienze di partenariato pubblico-privato rischia di vanificarne le potenzialità. L'esperienza delle CER, per poter esprimere al meglio le proprie possibilità di sviluppo, sembra doversi meglio identificare come uno strumento riconducibile

64 L'espressione "paradigma bipolare" è stata utilizzata da Sabino Cassese per indicare lo schema teorico sul quale si è sempre fondato (e tuttora si fonda) il rapporto fra amministrazioni pubbliche e cittadini (S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, 602), così richiamato da G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della costituzione*, in *Amministrazioneincammino.it* e in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli 2005. Similmente anche G. PASTORI, *Amministrazione italiana e sussidiarietà orizzontale*, *ivi*, 1752.



all'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale (o c.d. sociale)⁶⁵ di cui all'art. 118, comma 4, Cost⁶⁶.

Tale disposizione, prevede, come noto, che «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»⁶⁷ ed è tesa a legittimare forme c.d. di «cittadinanza attiva» o «cittadinanza praticata»⁶⁸, che vedono il cittadino investito di un potere di iniziativa autonoma attivabile per la cura dell'interesse generale e che deve essere favorito e supportato dalla Repubblica⁶⁹ nel suo complesso.

65 Per tale termine si v. G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 85 ss., che parla di sussidiarietà verticale o istituzionale (secondo cui le funzioni pubbliche devono essere collocate presso l'istituzione più prossima ai cittadini che sia in grado di esercitarla in maniera efficace ed efficiente) e di sussidiarietà orizzontale o sociale (secondo cui le funzioni pubbliche devono essere in via prioritaria esercitate dai cittadini singoli o associati ogni volta che ciò sia possibile). Dello stesso autore si v. G. PASTORI, *Amministrazione italiana e sussidiarietà orizzontale*, ult. op.cit. La sussidiarietà orizzontale come sussidiarietà sociale è stata intesa anche da F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. e soc.*, 2, 2016, 305 ss., spec.316 e da Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, II, Torino, 2006, 2336 ss., spec. 2350.

66 Secondo altri, l'esperienza delle CER potrebbe essere ricondotta all'art. 43 Cost., secondo cui «A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale». Parte della Dottrina, infatti, ha evidenziato che le CER potrebbero «"rivitalizzare" il dibattito sulla c.d. socializzazione (finora inattuata) di "determinate imprese o categorie di imprese" – riferite "a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio" aventi "carattere di preminente interesse generale – prevista dall'art. 43 Cost., a favore di "comunità di lavoratori o di utenti"». Così G. STRAZZA, *Le comunità energetiche come comunità di dati*, op.cit., spec. 700. Similmente anche T. FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, op. cit., spec. 14 che parla della possibile recuperata centralità dell'art. 43 Cost. Sul tema di v. anche A. MOLITERNI - S. PELLIZZARI, *La Costituzione dimenticata. La riserva di attività economiche alle comunità di lavoratori o di utenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2021, 243 ss., in cui gli AA. analizzano, *inter alia*, l' "inattualità" della norma al cospetto del diritto europeo e il recente tentativo di valorizzare la sua attuazione, in chiave simbolica, nel contesto dei beni comuni.

67 Tale formulazione che ha costituzionalizzato il principio di sussidiarietà orizzontale non è stata l'unica presente nell'ordinamento. L'art. 4 della c.d. legge Bassanini (n. 59/1997) dispone infatti che i conferimenti di funzioni agli enti locali più vicini ai cittadini devono avvenire «nell'osservanza del principio di sussidiarietà attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di compiti e di funzioni di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità». A sua volta l'art.3, comma 5, del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (n. 267/2000) dispone che «I comuni e le province (...) svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali». Cfr. G. ARENA, ult. op. cit.

68 F. GIGLIONI, ult. op. cit., spec. 317.

69 L'art. 114, al primo comma, dispone che «La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato». Per tale ragione può utilizzarsi, al posto dell'elenco posto all'inizio dell'ultimo comma dell'art. 118 un'espressione di sintesi e dire che «La Repubblica favorisce



La concreta attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale necessita, anzitutto, dell'iniziativa dei privati che deve risultare autonoma e non obbligata, ossia non esercitata per l'adempimento di un dovere, né per la rivendicazione di un diritto né per l'esercizio di un potere o di una funzione pubblica ma per l'esercizio di una nuova forma di libertà responsabile e solidale, che chiede alle Istituzioni soltanto sostegno⁷⁰.

In altre parole, la sussidiarietà orizzontale è tesa a valorizzare l'uso sociale della libertà, ovvero la disponibilità con cui ciascuna persona può mettere la propria libertà al servizio di finalità (anche) di interesse sociale, adempiendo così anche ai doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost⁷¹, con il sostegno dei poteri pubblici⁷². Di conseguenza, questi ultimi sono

l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà» Cfr. G. ARENA, ult. op. cit.

70 G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2017, 43 ss., spec. 46.

71 Cfr. F. GIGLIONI, ult. op. cit., spec. 313. L'A. specifica poi che a differenza dei generici doveri di solidarietà richiamati dall'art. 2 Cost, la sussidiarietà si occupa di favorire in modo particolare la libertà solidale che si riflette sugli interessi generali in collaborazione con le autonomie istituzionali. Similmente anche G. PASTORI, ult. op. cit., spec. 1754, secondo cui la libertà dei privati esercitata per conseguire finalità pubbliche si carica di una responsabilità sociale. La tematica è stata approfondita anche da G. ARENA, *La sussidiarietà come libertà solidale e responsabile*, in *Storia, percorsi e politiche della sussidiarietà. Le nuove prospettive in Italia e in Europa*, a cura di D. Ciaffi - F.M. Giordano, Bologna 2020, 85 ss. La libertà in questione è quella che F. Benvenuti (*Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994) definiva come libertà attiva. Secondo l'A. occorre garantire il passaggio dalla libertà garantita «a un nuovo tipo di libertà attiva che consenta al cittadino l'esercizio del potere di partecipazione, di sostituzione e di controllo rispetto all'attività dello stato. Solo l'effettivo esercizio di questa libertà attiva qualificherà quel nuovo cittadino capace di dar vita a uno stato nel quale ognuno partecipi all'esercizio delle funzioni».

72 L'alleanza tra cittadini e amministrazione pubblica che si instaura in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale è stata definita "amministrazione condivisa", dove cittadini e amministrazioni condividono non l'esercizio di un potere, bensì responsabilità e risorse per la soluzione di problemi di interesse generale. Così G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117-118, 1997, 29 ss. Sulla partecipazione diretta del cittadino all'esercizio delle funzioni si v. le riflessioni di F. BENVENUTI, ult. op. cit., secondo cui «la democrazia, come momento supremo di una comunità repubblicana, non è completamente attuata se, accanto alle varie formule di organizzazione, non si introducano, nel centro stesso dello Stato, formule che consentano la presenza attiva e diretta dei cittadini come singoli. Il problema, da questo punto di vista, non si risolve attraverso inimmaginabili forme di democrazia diretta e cioè non si risolve pensando a una partecipazione diretta dei cittadini alle istituzioni ma, piuttosto, ponendo l'accento sulla partecipazione diretta dei cittadini all'esercizio delle funzioni»: Sulla tematica dell'amministrazione condivisa si v. *ex multis*: G. FIDONE, *Il coinvolgimento del settore privato nell'amministrazione condivisa dei beni comuni: un "patto" tra parte pubblica, comunità e privati, fondato sulla fiducia e collaborazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2023, 373 ss.; ID., *Dai beni comuni all'amministrazione condivisa*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2022, 435 ss.; G. ARENA, *Da beni pubblici a beni comuni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, 647 ss.; ID., *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con i cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3, 2020, 1449 ss.; AV. VV., *La Co-città*, a cura di P. Chirulli - C. Iaione, Napoli, 2018; C. IAIONE, *The right to the Co-city*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2017, 5; ID., *La Città come bene comune*, in *Aedon*, 1, 2013, 4. Sulla gestione di beni naturali e risorse comuni si v. la recente analisi di



chiamati a dotarsi degli strumenti giuridici adeguati, appunto, a “favorire” l’iniziativa autonoma dei cittadini. In questo senso, come evidenziato dalla dottrina, dall’art. 118, comma 4, dovrebbe discendere anche l’obbligo per il legislatore (nazionale e regionale) di realizzare le condizioni affinché l’iniziativa privata, tesa alla cura dell’interesse generale, abbia gli spazi favorevoli e le possibilità necessarie ad esplicarsi⁷³.

Se, dunque, nella già richiamata configurazione tradizionale della collaborazione pubblico-privato, (c.d. paradigma bipolare) la collaborazione del privato è subordinata alla riserva della titolarità e dell’esercizio delle funzioni in capo ai soggetti pubblici; al contrario, nel rapporto collaborativo che si instaura sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale, il privato concorre con i soggetti pubblici nell’esercizio delle funzioni, non nella veste di strumento di questi ultimi, bensì in prima persona⁷⁴.

Ciò posto, riprendendo il discorso sulle CER, è possibile trarre alcune considerazioni conclusive. Si è detto più volte, nel corso del presente scritto, che il successo delle politiche energetiche sovranazionali dipende strettamente dalla capacità dei cittadini-consumatori energetici di divenire utenti consapevoli e informati, in grado così di modificare i propri comportamenti e partecipare attivamente al percorso verso la transizione energetica. Si è evidenziato, inoltre, quanto le CER costituiscano uno strumento in grado di permettere ai cittadini di assumere un ruolo attivo e divenire, all’interno delle loro aree urbane, co-creatori del cambiamento in atto e non più solo meri beneficiari dello stesso.

In questo quadro, come visto, gran parte delle esperienze di CER operative sul territorio nazionale vedono l’ente comunale giocare un ruolo chiave. Ciò principalmente per una ragione già ricordata: lo strumento delle CER sconta il paradosso di essere stato concepito come uno strumento a disposizione dei cittadini, ma allo stesso tempo è caratterizzato da un elevato grado di complessità, sia normativa che tecnica, difficilmente accessibile al comune cittadino.

Tuttavia, ridurre lo strumento delle CER a una mera collaborazione del privato con il pubblico, ove solamente quest’ultimo detiene l’iniziativa e i mezzi per poterne garantire lo sviluppo, e il privato risulti unicamente beneficiario dell’iniziativa pubblica, appare poco in linea con la loro *ratio*. Se è vero che le CER costituiscono uno strumento chiave della transizione energetica, che vede come protagonisti i cittadini-consumatori energetici, è di conseguenza vero che occorre rileggere le soluzioni adottate sino ad oggi per “facilitarne” lo sviluppo attraverso, appunto, l’iniziativa dei privati. In altre parole, per poterne garantire uno sviluppo quanto più celere possibile e in linea con la loro *ratio*, occorrerebbe ricondurre l’esperienza delle CER al principio di sussidiarietà orizzontale, così che il ruolo dell’Amministrazione pubblica possa divenire principalmente – al contrario di quanto verificatosi sino ad oggi – quello di favorire l’autonoma iniziativa dei privati, dotandosi di strumenti adeguati a far sì che essa possa realizzarsi a livello capillare sul territorio.

A.G. PIETROSANTI, *Consumo di risorse naturali non rinnovabili. Tra diritti della natura, bilanciamento di interessi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2023.

73 G. ARENA, *Amministrazione e società*, op. cit., 51.

74 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, 2, 2018, 211 ss., spec. 214.



Tale cambiamento di passo sembra necessario non solo per riconoscere dignità alle ricordate esperienze virtuose già in atto ma per poterne garantire un più ampio e capillare evoluzione sul territorio nazionale.

In quest'ottica occorre valorizzare, ad esempio, quell'opera di "facilitazione" operata da tutte quelle Regioni che si sono dotate di una precisa legge regionale tesa a promuovere le CER tramite un sostegno tecnico ed economico assicurandone, in alcuni casi, anche una ulteriore "facilitazione" qualora costituite "a forte valenza sociale e territoriale". L'esperienza delle CERS vede infatti le Regioni creare le condizioni adatte a stimolare l'iniziativa dei privati tesa a realizzare progetti di inclusione e solidarietà sociale "anche" attraverso la collaborazione con gli enti locali.

Nello stesso senso, le amministrazioni locali (comunali) dovrebbero rileggere il proprio contributo in un'ottica sussidiaria favorendo il loro ruolo di soggetti aggregatori, piuttosto che di protagonisti, nell'iter di costituzione delle CER.

Per l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale – come è stato evidenziato dalla dottrina⁷⁵ – è infatti indispensabile il rapporto con il territorio: se è vero che la Costituzione prevede che tutti i poteri pubblici favoriscano le attività di cura dell'interesse generale svolte dai cittadini, è anche vero, infatti, che fra tutte le articolazioni istituzionali di cui si compone la Repubblica quella più vicina ai cittadini attivi, in virtù del principio di sussidiarietà verticale, sono i comuni. In altre parole, è naturale che il rapporto di sussidiarietà orizzontale si instauri soprattutto fra gli abitanti di una città o di un paese e l'ente esponenziale della comunità a cui appartengono.

Su questa scia, nell'esperienza delle CER, dovrebbero essere stimulate e ampliate tutte quelle attività di cui può farsi carico unicamente l'ente comunale (e ricordate nel paragrafo precedente) tese a colmare il *gap* di conoscenze che scontano i cittadini in relazione alla complessità di tali progetti. Il contributo dei Comuni all'opera di "facilitazione" (di cui è incaricata, come detto, la Repubblica nel suo complesso) può quindi meglio realizzarsi nell'ipotesi in cui gli stessi decidano di dotarsi di strumenti utili a veicolare ai cittadini le informazioni e le conoscenze (soprattutto tecniche) necessarie per attivarsi, in via autonoma, alla costituzione delle CER. In quest'ottica merita una particolare menzione la già ricordata iniziativa portata avanti dal Comune di Roma che si sta dotando di sportelli tesi a garantire ai cittadini informazioni e consulenze in materia di progettazione e gestione di CER; ma anche l'esperienza della CER di Macerata Feltria ove il Comune ha solo rappresentato il luogo di aggregazione dei diversi *stakeholders* interessati alla costituzione della CER sul territorio locale, senza poi prendere parte direttamente all'iniziativa.

Con tale ricostruzione non si intende tuttavia svilire tutte quelle ipotesi che vedono l'ente comunale partecipare come membro della CER. Ciò in quanto, la partecipazione diretta dell'ente locale, porta con sé, come visto, diversi vantaggi, primo fra tutti il coinvolgimento di edifici pubblici anche a elevato impatto sociale (come quelli di edilizia residenziale pubblica). Del resto, il principio di sussidiarietà orizzontale, per come enunciato dal comma 4 dell'art. 118 Cost., non comporta un arretramento dei pubblici poteri poiché questi ultimi devono sì favorire l'autonoma iniziativa dei privati quando diretta al raggiungimento di interessi

⁷⁵ G. ARENA, *Amministrazione e società*, op. cit., 48.



generali, ma pur sempre “sulla base del principio di sussidiarietà”. In altre parole, la disposizione costituzionale riconosce da un lato, l’autonomia e la capacità dei singoli e delle loro formazioni sociali a svolgere attività di interesse generale e, dall’altro, la necessità dell’intervento dei pubblici poteri a sostegno dei soggetti privati, in tutti gli ambiti in cui l’operato di questi ultimi si riveli insufficiente⁷⁶ o non possa essere svolto adeguatamente⁷⁷.

In quest’ottica ciò che dovrebbe essere invertito è la generale direzione del rapporto tra istituzioni e cittadini nell’esperienza delle CER: le ipotesi di CER promosse, attivate e gestite dai privati supportati e facilitate dai poteri pubblici devono divenire la norma, mentre quelle in cui l’attore pubblico detiene un ruolo preponderante e in cui, nella pratica, i privati divengono solo beneficiari dell’intervento pubblico devono risultare, appunto, sussidiarie.

In tal modo potrebbe realizzarsi una vera integrazione tra soggetti pubblici e privati in cui, nella cura degli interessi comuni legati ai ricordati benefici connaturati alle CER, i primi trovano nei secondi degli alleati autonomi, consapevoli e responsabili che concorrono in maniera attiva e solidale nel raggiungimento dei fini comuni.

76 Cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 66, richiamato da G. SERENO, *Declinazioni del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2020, 503 ss.

77 Cfr. G. PASTORI, ult. op. cit., 1756, ove l’A. precisa che le funzioni a cui fa riferimento l’art. 118, quarto comma, Cost., devono essere esercitate in via prioritaria dai cittadini, singoli o associati, ogni volta che questi siano in grado di svolgerle adeguatamente.



INCONTRO RAVVICINATO TRA BLOCKCHAIN E PATRIMONIO CULTURALE: MERA CHIMERA NELLA PROSPETTIVA DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE?

Angiola Giovanna Modano *

Abstract: il cambiamento climatico ha assunto un ruolo primigenio nel quadro politico nazionale. Al fine di mitigarne e rallentarne la crescita, appaiono oltremodo necessarie misure “non anfibologiche” che consentano il recupero degli spazi urbani ed il miglioramento della vita socio-ambientale, così da suggellare le esigenze ambientali, occupazionali, igienico-sanitario con quelle tecnologiche e di libera iniziativa economica. A ben vedere, la riflessione, che segue, tenta di tessere un legame forzoso tra la rivoluzione ecologico-digitale e la tutela del patrimonio culturale, con l’intento di definire un nuovo concetto di benessere urbano sostenibile nella pulsante necessità di riqualificare i luoghi di cultura - anche attraverso l’eliminazione delle barriere fisiche e cognitive - consentendone una fruizione realmente universale. Per superare le criticità sottese alla questione appare *funditus* intervenire sia sul potenziamento e sull’incentivazione economica sia, peraltro, sollecitando un approccio pattizio oltre che cooperativo tra pubbliche autorità e privati (*rectius*: operatori professionali coinvolti). Pertanto, in attuazione del “Teorema di Coase” ed incidendo a doppio filo, tanto sul processo di transizione verde e tanto sulla digitalizzazione del patrimonio culturale la soluzione potrebbe essere: abbandonare in modo definitivo una concezione meramente conservativa della protezione del patrimonio culturale a favore di una concezione energica ed operosa, che, peraltro, sfrutti principalmente la tecnologia delle *blockchain* in equilibrio ottimale con le esternalità negative incidenti sull’ambiente. Plausibilmente, in forza dell’approccio adottato dall’odierno legislatore, l’intelligenza artificiale è, allo stato, in grado di monitorare il patrimonio culturale, non soltanto attraverso una mappatura di quello disseminato sul territorio nazionale, ma anche salvaguardandone l’integrità con interventi architettonici che permettano una verifica aggiornata e continua dello *status*, in cui essi versano. La combinazione di questi due fattori - trasformazione digitale e patrimonio culturale-climatico - può fungere da unico marcatore funzionale in grado di proteggere l’ambiente o da inutile chimera, volta solo a legittimare la sussistenza di un compendio rimediabile dalle vesti astratte nel diritto ambientale. In ragione delle siffatte premesse, l’umanità intera è chiamata a rispettare per prima la natura, dando corso allo sviluppo tecnologico compendiato dalla sostenibilità dell’ecosistema in una rinnovata lettura dell’ambiente di tipo biocentrico e non più soltanto antropocentrico.

Parole chiave: Patrimonio culturale - Ambiente - Sviluppo sostenibile - Nuove tecnologie - Blockchain - Transizione ecologica - Funzione amministrativa.



Climate change has taken on a prime role in national policy. In order to mitigate and slow down its growth, "non-industrial" measures seem extremely necessary to allow the recovery of urban spaces and the improvement of socio-environmental life, so as to seal the environmental, occupational, hygienic-The Committee on Social Affairs, Employment and the Working Environment, Public Health and the Committee on the Environment, Public Health and Consumer Protection, and the Committee on the Environment, Public Health and Consumer Protection. After all, the following reflection attempts to weave a strong link between the ecological-digital revolution and the protection of cultural heritage, with the intention of defining a new concept of sustainable urban well-being in the button need to redevelop places of culture - also through the elimination of physical and cognitive barriers - allowing a truly universal use. To overcome the critical issues underlying the issue, it seems to intervene both on strengthening and economic incentives and, moreover, urging an approach as well as cooperative between public authorities and private (professional operators involved). Therefore, in implementation of the "Theorem of Coase" and having a double impact, both on the process of green transition and on the digitalization of cultural heritage the solution could be to abandon definitively a purely conservative conception of the protection of cultural heritage in favour of an energetic and active conception, which, moreover, mainly exploits blockchain technology in optimal balance with negative externalities affecting the environment. Plausibly, by virtue of the approach adopted by today's legislator, artificial intelligence is, at present, able to monitor cultural heritage, not only through a mapping of that disseminated on the national territory, but also safeguarding its integrity with architectural interventions that allow an updated and continuous verification of the status, in which they are. The combination of these two factors - digital transformation and cultural-climatic heritage - can act as a single functional marker able to protect the environment or as a useless chimera, only to legitimize the existence of a compendium from the abstract vestments in environmental law. Because of these premises, the whole of humanity is called to respect nature first, giving rise to the technological development summarized by the sustainability of the ecosystem in a renewed reading of the biocentric and no longer only anthropocentric environment".

Keywords: Cultural heritage - Environment - Sustainable development - New technologies - Blockchain - Ecological transition - Administrative function.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Tecnologie emergenti: l'impatto sull'azione e sulla funzione amministrativa. - 3. Un processo in divenire: verso il patrimonio culturale digitale. - 4. *Blockchain*: un'opportunità per il monitoraggio digitale, la protezione, il godimento del patrimonio culturale nazionale? - 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Il processo di digitalizzazione del patrimonio culturale costituisce una tematica di vivo interesse e di attualità, operante nella marcata cornice tracciata dal Piano Nazionale di Ripresa



e Resilienza e pienamente rispondente con il fine ultimo sancito dal rivisitato art. 9 della Costituzione.¹

Oggi giorno, la digitalizzazione di tale settore è quantomai necessaria soprattutto per evidenziare, a chiare lettere, il legame a doppio filo sussistente tra la pubblica amministrazione ed i sistemi digitali nonché tra i beni culturali e la loro funzione paideutica. Questi ultimi, in un’ottica di inclusività sociale - volta a garantirne una loro disponibilità assoluta ed universalistica - dovranno essere resi parte integrante del progetto di creazione di un *welfare* informatico-culturale, che consenta a tutti di poter attingere alla conoscenza del patrimonio storico-artistico anche tramite la sua riconosciuta «immaterialità».² Pertanto, le riflessioni che seguono hanno lo scopo di analizzare l’impatto che potrà avere l’utilizzo dell’intelligenza artificiale in questo capovolgimento rivoluzionario che coinvolge il patrimonio culturale nazionale;³ valutando, al contempo, in che modo possano essere (o meno) frenati gli effetti, perlopiù deleteri, che il cambiamento climatico-ambientale produce sugli stessi beni culturali.

1 * Dottoranda di Ricerca presso Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”, angiologianna.modano@unicampania.it.

“L’art. 9 della Costituzione delinea la centralità del fenomeno culturale e dell’attività di ricerca scientifica e tecnica nel contesto dei principi fondamentali della Carta, imponendone alla Repubblica, ossia allo Stato-ordinamento in ogni sua articolazione, una promozione finalizzata allo sviluppo. Norma anzitutto da intendere come rivolta al futuro, cui accede, quale necessario complemento e sostegno rivolto alla tradizione del passato, il secondo comma, ove - con lungimiranza e sensibilità - il Costituente ha saputo tutelare il paesaggio e il “patrimonio storico e artistico della Nazione” (locuzione circoscritta che in sé, come dirò, non esaurisce il concetto di ‘patrimonio culturale’, potenzialmente assai più ampio): scelta, questa, doverosa in un Paese ricchissimo di cultura e di arte, eppure non così scontata in un clima come quello postbellico, ove la popolazione era afflitta piuttosto dall’urgente necessità di soddisfare bisogni ben più immediati”. Riflessione di F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, Roma Tre-Press, 2017, 97.

2 Sul tema dell’immaterialità, si vedano, tra gli altri, i contributi presenti su *Aedon* 1/2014: A. BARTOLINI, *L’immaterialità dei beni culturali*; L. CASINI, “*Noli me tangere*”: *i beni culturali tra materialità e immaterialità*; S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*; A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?* G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*; G. SEVERINI, *Immaterialità dei beni culturali*. A questi si aggiungano: L. GASPARI, *Il patrimonio culturale immateriale. Riflessioni per un rinnovamento della teoria e della pratica sui beni culturali*, Milano, Vita e Pensiero, 2014; P. FORTE, *Il patrimonio digitale: una enorme sfida per la comunità nazionale*, *Impresa cultura*, 14esimo rapporto annuale di Federculture, Roma, Gangemi Editore, 2018, 287 e ss.; L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale*, in *Aedon*, 3, 2018; A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali, una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 1, 2019; D. DONATI, *Governare l’inafferrabile. La cultura nella disciplina normativa e nella prassi amministrativa*, in *Munus*, 2, 2017, 259-323.

3 In merito si legga, P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, in *Rivista PA Persona e Amministrazione*, 2, 2019, 245 e ss. Si veda anche L. CASINI, “*Noli me tangere*”: *i beni culturali tra materialità e immaterialità*, in *Aedon*, 2014, 1 e ss. nonché L. R. PERFETTI, *Il bene pubblico ai tempi*



L'obiettivo che il decisore politico si pone, dunque, è la creazione di una vera e propria «economia circolare e sostenibile» della conoscenza,⁴ che deve fungere da base nel processo di transizione culturale-ecologica, sia decretando un concreto passaggio dalla dimensione materiale - consustanziale del concetto di bene culturale a quella immateriale - digitale sia realizzando un sistema partecipativo-dinamico, privo di barriere cognitive e/o fisiche.

Orbene, in questa prospettiva, acquisisce senza dubbio una posizione di primaria importanza l'uso delle tecnologie emergenti che ogni individuo dovrà poter utilizzare per creare un nuovo ed innovativo «paradigma affettivo» con la tutela del patrimonio culturale.

La digitalizzazione della P.A. rappresenta, infatti, il transito verso un sistema che «consentirà di stimolare e sviluppare efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa»⁵, senza che ciò generi una completa «esautorazione» dei caratteri strutturali del pubblico potere. Risulta, inoltre, ancora insussistente una normativa idonea a permettere a questi nuovi strumenti di assestarsi ai dettami costituzionali, di rispondere alle nuove esigenze e soprattutto di superare la magmatica e frammentaria normativa vigente.

Nell'era della "nottola di Minerva", dunque, legiferare e disquisire sul tema è quantomai necessario e, pertanto, appare opportuno disegnare un sistema organico, che consenta di intessere una rete giuridico-digitale tale da definire nuovi metodi e condizioni per il monitoraggio e la valorizzazione del patrimonio culturale⁶, evitandone l'abbandono o, ancor peggio, il suo degrado. Ciò, purtuttavia, considerando l'impellente bisogno - sempre più palese - di una lettura rivoluzionaria e non più anacronistica della nozione di bene culturale, da intendere ormai non solo come «bene materiale» ma anche «di fruizione digitale».⁷

A tal fine, l'interprete del diritto non può non scandagliare acutamente i connotati che definiscono l'immaterialità di questi beni. Talché, si deve tentare di sopperire ai *vulnus* normativi ed alle falle di sistema che paiono già tuttora e, *ictu oculi*, sussistenti, con la sola finalità di coniugare, in un andirivieni forzoso, due universi paralleli tra loro: quello culturale

dell'assenza della cosa. Appunti per una possibile (contro)teoria dei beni pubblici, in *Rivista Persona e Amministrazione*, Ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia 2, 2019, 303-310.

4 N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 2017, 4. Si legga in particolare E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, vol. I, a cura di Rescigno, Torino, 1999, 49; E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2009; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968; F. MARINELLI, *Diritto privato dell'economia*, Torino, 2020, 164 ss.; L. DI DONNA, *Diritto privato dell'economia. Aspetti e problemi*, Torino, 2019, 167.

5 G. MORBIDELLI, *Dei beni culturali immateriali*, in G. DE GIORGI CEZZI, G. GRECO, G. MORBIDELLI, L. PORTALURI, F.G. SCOCA (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, I, 2018, 580 e ss.

6 Sui termini generali della nozione di valorizzazione *ex multis*: L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 651 e ss.; F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. amm.*, 2007, 1 e ss.; S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673 e ss.

7 L. CASINI, *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2010.



e quello dell'intelligenza artificiale. Tutto ciò resterà mero giudizio ipotetico, ove non venga trasposto in fatto concreto: occorre - dunque - selezionare competenze e garanzie di carattere tecnico, professionale oltre che dispositivo-organizzativo, che siano in grado di individuare i governanti ed i governati del modello del cd. "machine learning".⁸

2. Tecnologie emergenti: l'impatto sull'azione e sulla funzione amministrativa.

La macchina amministrativa ha acquisito un volto nuovo, stante il suo coinvolgimento nel processo di transizione tecnologica⁹, perlopiù preordinato alla globalizzazione e ad una fruizione universalistica e virtuale di quanto in suo possesso. Nella realtà quotidiana è constatabile la crescente difficoltà di un dialogo tra i diversi livelli governativi e tale aspetto rende complesso lo scambio dei dati o l'individuazione di una posizione comune tra organi pubblici diversi.

Con l'avvento della cd. «dematerializzazione»¹⁰ degli atti amministrativi, sono sicuramente mutate le modalità di comunicazione e con esse il rapporto amministrativo in quanto tale. A questa faticosa carenza (o assenza) di coordinamento¹¹ si è supposto poter dare soluzione mediante il ricorso all'intelligenza artificiale. Con detto strumento, infatti, sarebbe possibile attuare un'interazione tra i sistemi governativi mediante una fruizione agevolata e diretta dei dati a loro disposizione, ricorrendo ad un approccio maggiormente partecipativo, dinamico ed economico. L'esigenza dello sviluppo dei sistemi digitali nasce dapprima nel contesto normativo euro-unitario, divenendo, in seguito, un'esigenza primigenia anche dello stesso decisore politico nazionale.¹² Orbene, tra l'intelligenza artificiale e la pubblica amministrazione¹³ è venuta a palesarsi un'innegabile affinità in quanto la prima è intenta a

8 D. DONATI, *La digitalizzazione del patrimonio culturale. Caratteri strutturali e valore dei beni, tra disciplina amministrativa e tutela delle opere d'ingegno*, in *Rivista Persona e Amministrazione*, Ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia, 2, 2019, 323-337.

9 G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso di informatica giuridica*, Torino, Giappichelli, 2016, sempre sull'argomento E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini", 2/2019; G. DE MINICO, *Internet regole e anarchia*, Napoli, Jovene Editore, 2012; G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, Il Mulino, 2016.

10 P. BONINI, *Algoritmi, Intelligenza artificiale e machine learning nei processi decisionali pubblici*, Osservatorio Stato Digitale, IRPA, 2021.

11 V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241 del 1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, a cura di N. Paolantonio et al., Torino, 2005, 3.

12 M. FARINA, *Blockchain e tutela della salute: verso la riorganizzazione dei sistemi sanitari?* in *federalismi.it*, 21, 2020, 170.

13 G. CHIAP, J. RANALLI, E. T. BIANCHI, *Blockchain. Tecnologia e applicazioni per il business*, Milano, 2019; A. CONTALDO, F. CAMPARA, *Blockchain, criptovalute, smart contract, industria 4.0. Registri digitali, accordi giuridici e nuove tecnologie*, Pisa, 2019; S. SECINARO, *Blockchain e accounting*, Torino, 2020; G.D. COMPORTI, S. LUCATTINI (a cura di), *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili*,



riorganizzare i sistemi di informazione ed a promuovere la fiducia dei fruitori mentre, dal canto suo, la seconda è affetta da una ricerca “tormentosa” di semplificazione nei rapporti con i cittadini. Da ciò ne scaturisce che il fine, a cui auspica l’estensore delle leggi nazionali, è orientare l’intero sistema amministrativo verso piattaforme digitali in grado di migliorare l’azione amministrativa su vari piani, soprattutto su quelli dell’efficacia e dell’efficienza.

A ben vedere, il superamento dell’obsolescenza tecnologica è concretamente stato avviato, in maniera organica e significativa, già grazie all’entrata in vigore del Codice dell’amministrazione digitale ad opera del d.lgs. n. 82 del 2005,¹⁴ al fine di permettere che il digitale a quest’ultimo di espletare la sua “funzione servente” rispetto a ciascun servizio che il potere pubblico è chiamato a predisporre nell’espletamento dell’attività. Tale *corpus* normativo, oltretutto, tende a realizzare una diversa e più stringente interazione tra amministrazione e privati, valorizzando la metamorfosi organizzativa in essere e attuando sinergicamente il principio - già introdotto dalla Legge Madia - del *digital first*. In una tale prospettiva di semplificazione, appare precipuamente manifesto che il legislatore richieda che le pubbliche amministrazioni, nell’organizzare autonomamente la propria attività, utilizzino “le tecnologie dell’informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione”.¹⁵ Per detto fine, il Codice presenta una molteplicità di pilastri su cui fondare il processo di modernizzazione dell’intera infrastruttura amministrativa, sia sul piano sostanziale che procedimentale; nel tessuto normativo - strutturale al vaglio, particolarmente peculiare è anche il ruolo rivestito della stessa AgID,¹⁶ a cui sono stati riconosciuti poteri che la legittimano all’emanazione di regole, *standard* e linee guida, che fungono da veri atti di indirizzo - talvolta vincolanti e, in altri casi,

Napoli, 2020; N. KSHETRI, *Blockchain and Supply Chain Management*, Amsterdam, 2021; R. PESSI, P. MATERA, R. SIGILLÒ MASSARA, (a cura di), *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, Roma, 2021. Sul punto, ancora, vedi G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Il diritto dell’economia*, 2019, 3, 187- 212.

14 A. MARRA, *Obsolescenza e attualità della legge n. 241/1990 nell’era dell’amministrazione digitale*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *op. cit.*, 387, sostiene che “il Codice dell’amministrazione digitale è costituito principalmente da norme obiettivo che attengono, da un lato, alla disciplina del processo di digitalizzazione e, dall’altro lato, alla organizzazione e al funzionamento delle infrastrutture digitali”.

15 L’espressione è tratta da A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell’amministrazione per algoritmi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 45 e ss.

16 E. CARLONI, *Amministrazione aperta e governance dell’Italia digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1046. L’autore manifesta che: “La ricomposizione, in capo all’Agenzia per l’Italia digitale, di un complesso ampio ed organico di funzioni consente, peraltro, anche una più chiara proiezione e rappresentazione del nostro Paese nel contesto internazionale ed europeo”.



non vincolanti - per le pubbliche amministrazioni. Questi atti di *soft law*¹⁷ costituiscono una sorta di addentellato normativo aggiuntivo, volto a semplificare la formazione e la comprensione delle regole tecniche utilizzate per la gestione elettronica dei procedimenti amministrativi.

Di recente, stando in tale versante, va evidenziato che anche lo stesso PNRR ha impresso un'accelerazione ulteriore, sebbene della stessa portata, alla digitalizzazione della macchina amministrativa mediante l'istituzione del Comitato interministeriale per la transizione digitale.¹⁸ La scelta costitutiva di tale organismo conferma la necessità di migliorare il legame tra tecnica e potere amministrativo poiché sul versante del coordinamento informatico, l'amministrazione digitale «continua a scontare, soprattutto per effetto della recente stratificazione normativa, una sorta di policentrismo frammentato, potenzialmente foriero di contrasti e distonie».¹⁹ Allo scopo di sopperire a siffatte falle, il legislatore incentiva il sopra menzionato organo a «promuovere, indirizzare e coordinare l'azione di Governo»²⁰ nelle materie di innovazione tecnologica per la doverosa attuazione del programma delineato dall'Agenda digitale italiana.

Tuttavia, considerando quanto premesso, non può non volgersi lo sguardo alle opportunità ed alle ripercussioni che tale tendenza genera nel già precario equilibrio tra tecnica e potere amministrativo.

A ben vedere, è palese che questa innovativa modalità operativa/applicativa dell'interesse pubblico è particolarmente utile ma l'utilizzo di procedure robotizzate²¹ induce un'ulteriore

17 P. S. L FALLETTA, *Le linee guida dell'Agenda per l'Italia Digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 163 ss., evidenzia come queste possano essere sia vincolanti sia non vincolanti, laddove l'AgID realizzi meri atti di indirizzo per le pubbliche amministrazioni. Invero, egli sostiene che gli atti di *soft law* rappresentano "una forma concreta al processo con cui una qualsiasi istituzione garantisce l'osservanza ai suoi precetti"

18 In A. DI MARTINO, *cit.*, 42 nella nota 87 si legge in merito che: "Il CITD è titolare di diversi compiti: promuove, indirizza, coordina l'azione del Governo nelle materie dell'innovazione tecnologica, dell'attuazione dell'agenda digitale italiana ed europea, della strategia italiana per la banda ultra-larga, della digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni e delle imprese. Sono ricomprese, fra le materie di competenza del Comitato, le attività di coordinamento e monitoraggio dell'attuazione delle iniziative relative alla strategia nazionale italiana per la banda ultra-larga, allo sviluppo e alla diffusione delle tecnologie emergenti dell'intelligenza artificiale e della *blockchain*. Si legga anche: R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 11 e ss. Sempre sul tema: V. BRIGANTE, *Buon andamento nell'amministrare e digitalizzazione: note di attualità e persistenti problematiche di un "inammissibile baratto"*, in *Territori e Istituzioni, Problemi e prospettive nel tempo della Ripartenza*, a cura di G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani, Napoli, 2023, 259 e ss.

19 F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf.*, 2015, 227 ss.

20 M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, spec. 1, 147 ss.,

21 U. GALETTA - J.G. CORVALAN, *Intelligenza artificiale, per una a. 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019.



riflessione, ovvero sia che «l'uso degli strumenti tecnologici non deve costituire una scriminante per poter eludere i principi che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa.»²² In particolare, altresì, la pervasiva diffusione dei sistemi di gestione informatica dei rapporti giuridici sta incidendo, da un punto di vista pratico, sulle forme di manifestazione del pubblico potere²³ e per tale motivazione gli esperti della materia ribadiscono che la regola tecnica, che presiede l'algoritmo digitale,²⁴ non può che essere un precetto normativo, disposto dall'uomo e non dalla macchina stessa, e che quest'ultima deve essere chiamata soltanto ad applicare quale mera esecutrice. Le tecnologie devono essere preordinate non soltanto a promuovere "la semplificazione amministrativa"²⁵ ma soprattutto ad assicurare che essa sia rispettosa (e non collida con) delle garanzie costituzionali, che costituiscono l'estrinsecazione più intima della funzione amministrativa.

Ad ogni buon conto, è noto che l'intelligenza artificiale è in grado di sostituirsi all'uomo nella scelta dell'atto da compiere, secondo un processo di analisi, acquisizione di dati e scelte autonome, a cui la volontà umana parrebbe estranea, ma tale aspetto non può lasciare senza dubbi lo studioso del diritto. Da siffatta direttrice d'indagine viene in rilievo che è «la macchina che capta ed interpreta la realtà, la cataloga e la ordina; tale processo non contravviene minimamente al rispetto dei parametri di efficacia ed efficienza»²⁶. E nonostante questa valutazione appaia di esito positivo, è mandatorio riflettere sulla capacità della tecnologia di mutare l'apparato giuridico e, ancor più, sulle esternalità negative che l'uso di uno strumento programmatico possa generare nel settore in cui viene chiamato ad operare e su quelli eventualmente interconnessi o ad esso subordinati. La perplessità più forte nasce non tanto dalla correttezza o meno della decisione finale, quanto piuttosto dal modo in cui la stessa è maturata e sulle possibili forme di impugnativa di dette scelte.²⁷

22 M. GANGI, *NFT e il mercato dell'arte. Presto una rivoluzione digitale?* in Key4biz, 13 settembre 2021, consultabile online; F. DE FELICE, A. PETRILLO, *Dematerializzazione delle opere, come gli NFT cambiano i paradigmi dell'arte*, in Agenda digitale, 16 luglio 2021.

23 L. TORCHIA, *Lo stato digitale*, Bologna, 2023, 126 e segg. Per l'autrice, infatti: "nel caso in cui il potere di decidere mediante ricorso ad algoritmi sia considerato un potere nuovo, che si aggiunge ed è complementare al tradizionale potere amministrativo, l'applicazione rigorosa del principio di legalità porterebbe a ritenere che sia necessaria una espressa e specifica abilitazione legislativa caso per caso".

24 L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 21, 2018; Id., *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Cib. dir.*, 1-2, 2019, 64 ss.

25 E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2, 2020, 281.

26 G. FREZZA, *Blockchain, autenticazioni e arte contemporanea*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 489 ss.

27 Orbene, occorre sottolineare che vi sono già pronunce giurisprudenziali in altri Paesi europei sulla compatibilità delle macchine ed il *deep learning*. In particolare, per il *Conseil Constitutionnel* francese "non possono essere utilizzati algoritmi atti a rivedere da soli le regole cui si applicano ad una decisione amministrativa individuale senza il controllo e la convalida del responsabile. Anche in Olanda la Corte



Le procedure informatiche, ormai caratterizzate da un alto livello di precisione, non potranno arrivare a sostituire l'imprescindibile attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che soltanto una persona fisica può garantire²⁸. In particolare, infatti, i *software* di intelligenza artificiale non tengono traccia del percorso di giustificazione logico - giuridico e, in tal modo, verrebbe ad essere perimetrato il sindacato del giudice amministrativo riguardo il possibile esame della determinazione conclusiva raggiunta²⁹. Un ostacolo intrinseco che rileva appieno le conflittualità tra il percorso di transizione tecnologica³⁰, a cui mira la pubblica amministrazione, e le garanzie di trasparenza ed imparzialità, riposte a fondamento della Legge n. 241/1990.

Ebbene, in via consequenziale, il giudice amministrativo ha una sua funzione centrale in quanto deve in via preventiva, valutare «la correttezza delle attività che connotano il processo di automazione, a loro volta costituito non soltanto dall'algorithm³¹, ma anche

del Distretto di *The Hague* (5.02.2020) si è pronunciata circa l'inconciliabilità dell'uso di algoritmi non solo con i diritti fondamentali dei cittadini ma altresì con i principi generali dell'azione amministrativa". Cfr. G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale, machine learning e istruttoria procedimentale: vantaggi, limiti ed esigenze di una specifica data governance*, in Pajno A., Donati F., Perrucci A. (a cura di) *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?* in rivista *Astrid*, Bologna, 2022, 88-92 ss.

28 TAR Lazio, Sez. III bis - 13 settembre del 2019 - n. 10964.

29 Rispetto a questo profilo, anche la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 25 novembre 2021, n. 7891) ha ribadito l'impellente dovere di approfondire il rapporto tra intelligenza artificiale e funzioni amministrative con argomentazioni di stampo interdisciplinare, individuando, sul piano tecnico, cosa sia un algoritmo ad automazione tradizionale e, invece, quando i pubblici poteri si trovino a governare algoritmi ad automazione avanzata.

30 E. CHITI - B. MARCHETTI - N. RANGONE, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?* a cura di A. Pajno - F. Donati - A. Perrucci, Bologna, 2022.

31 TAR Campania, 14 novembre 2022, Sez. III, n. 7003. In detta nota pronuncia, viene statuito il rapporto tra conoscibilità/comprendibilità dell'algoritmo fondamentale per l'esposizione *de qua*: "Il principio di trasparenza impone che nelle decisioni amministrative algoritmiche il processo automatizzato sia reso non solo conoscibile nei suoi aspetti tecnici, ma anche comprensibile, mediante una spiegazione che lo traduca nella "regola giuridica" ad esso sottesa, così rendendolo intellegibile ai suoi destinatari. Ciò al fine di consentire, da un lato, il pieno esercizio del diritto di difesa da parte del soggetto inciso dal provvedimento, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., dall'altro, il pieno sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo". Sul piano pratico, occorre richiamare una fattispecie già analizzata in tema di ricorso all'algoritmo dal T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 7 novembre 2022, n. 934, in www.giustiziaamministrativa.it, ove vengono ad essere utilizzati algoritmi informatici per l'attività di valutazione dei titoli nell'ambito di una procedura concorsuale, e nella quale si sostiene che "atteso l'alto numero di domande presentate, non appare certo censurabile la scelta dell'amministrazione di demandare ad una società specializzata l'effettuazione delle operazioni - puramente aritmetiche - necessarie per la determinazione dei punteggi".



dall'acquisizione, dalla validazione e dalla gestione dei dati»³²; e soltanto, in una seconda fase, è chiamato a valutare «la legittimità del provvedimento adottato dal *software* in esecuzione delle prescrizioni algoritmiche».³³

Il potenziale impiego di moderne tecnologie di intelligenza artificiale nello svolgimento della cura dell'interesse pubblico rivela³⁴, peraltro, nuove prospettive di automazione dei processi decisionali, la cui compatibilità con le garanzie, che ordinariamente vigilano l'esercizio dell'azione amministrativa, deve essere vagliata sulla base dei principi generali.³⁵ Sicché i *software* che la Pubblica Amministrazione intende utilizzare devono consentire la trasposizione in termini giuridici delle prescrizioni computazionali, sì da assicurare la conoscibilità e comprensione del meccanismo posto alla base del programma informatico in uso. In senso contrario e, soprattutto, in assenza di una normativa espressa per l'esercizio del potere pubblico in modalità informatica, l'atto amministrativo adottato finirebbe con il violare il principio di legalità.³⁶

32 P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *A. Pers. Amm.*, 1, 2020, 247 ss.; G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. econ.*, 3, 2020, 229 ss.

33 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, sentenza n. 2270, con nota di S. CRISCI, *Evoluzione tecnologica e trasparenza nei procedimenti "algoritmici"*, in *Diritto di Internet*, 2, 2019, 377 ss.

34 "A Pompei, per la prima volta una tecnologia d'avanguardia sarà utilizzata per la ricostruzione fisica di manufatti archeologici, in gran parte frammentati e di difficile ricoposizione. È questo l'obiettivo del progetto europeo "RePAIR" (*Reconstructing the past: Artificial Intelligence and Robotics meet Cultural Heritage*) iniziato il 1° settembre 2021. L'attività si avvale dell'apporto interdisciplinare di istituti scientifici e di ricerca che operano nel campo della *computer vision*, della robotica, dell'Intelligenza Artificiale, con il contributo fondamentale dell'Archeologia e della Conservazione di Beni Culturali". In merito, si legga il seguente articolo: https://www.unive.it/14024/?tx_news_pi1%5Bnews%5D=11240&cHash=7514ba9fc9b0dc0cc1e05ee09e301fe1

35 Riguardo all'impiego delle tecnologie preordinate ad assicurare la cura dell'interesse pubblico: S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 5, 2018, 1787 ss.; L. VIOLA, *cit.*, 1598 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 63 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019; D.U. GALETTA - J.G. CORVALÁN, *cit.*, 1 ss., sul sito www.federalismi.it; M.C. CAVALLARO - G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16, 2019, 1 ss., sul sito www.federalismi.it; D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 1, 2020, 37 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, 305 ss.

36 A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 81; il quale osserva che. "la decisione automatizzata presenta un'evidente forza "pratica" che "da un lato, solleva il decisore dal *burden of motivation*, dal peso dell'esame e della motivazione; dall'altro, gli consente di "qualificare" la propria decisione con un crisma di "scientificità" ovvero "neutralità" che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare - quanto infondata - "autorità"



Ma vi è di più. Difatti, gli orientamenti giurisprudenziali³⁷ dimostrano come gli algoritmi possono diventare addirittura fattori di discriminazione, di conclusioni erranee, contraddittorie, contorte od irragionevoli, generando un *vulnus* di garanzie e tutele per le situazioni giuridiche di cui i privati sono portatori. A garanzia del destinatario del provvedimento amministrativo è sempre necessario «un atto di preventiva predeterminazione dell'algoritmo da parte dell'amministrazione nonché un rafforzamento del controllo procedimentale, oltre che nella fase di scelta, anche nella fase di utilizzo con particolare attenzione all'immissione, al controllo e alla validazione dei dati».³⁸

Nell'indagare sulla compatibilità dell'automazione informatica in relazione all'azione amministrativa, in letteratura³⁹ sono stati sollevati dubbi circa l'estendibilità dell'utilizzo delle tecnologie informatiche anche nelle ipotesi in cui la legge attribuisca al potere pubblico la forza di espletare una valutazione discrezionale. Invero, se «il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla cosiddetta attività vincolata⁴⁰, nulla vieta che

37 Si leggano le seguenti pronunce, a titolo esemplificativo: Consiglio di Stato, 25 novembre 2021, Sez. III, n. 789; Corte di cassazione, 24 gennaio 2020, sez. lav. n. 1663, nonché sentenza del Tribunale di Palermo, n. 3570/2020.

38 D. MARONGIU, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti - Algoritmo e procedimento amministrativo: una ricostruzione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, 6, 1507. Si legga anche G. PESCE, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, Napoli, 2021.

39 I. ALBERTI, *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2021, 285 ss. Si veda, anche: M. TIMO, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Dir. econ.*, 1, 2020, 753 ss.; S. TRANQUILLI, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione della decisione amministrativa "robotica"*, in *Dir. soc.*, 2, 2020, 281 ss.; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?* In *Medialaws*, 2, 2020, 136 ss.; F. LUBRANO, *L'algoritmo e il provvedimento automatizzato. Una illusione amministrativa, dottrinale e giurisprudenziale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Bruno Cavallo, Giappichelli*, Torino, 2021, 21 ss.

40 Si rinvia, sul punto, a quanto sostenuto dal Cons. Stato, 8 aprile 2019, Sez. VI, sentenza n. 2270, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Collegio procede, nella già citata pronuncia, a dettare alcuni principi in punto di regola algoritmica, stabilendo che essa:

- possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica e, come tale, deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza (art. 1 l. 241/90), di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.;
- non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (e ciò la rende in parte diversa da molte regole amministrative generali); la discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al *software*, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale;
- vede sempre la necessità che sia l'amministrazione a compiere un ruolo *ex ante* di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo (soprattutto nel caso di apprendimento progressivo e di *deep learning*);



i [fini stabiliti dalla legge], perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico⁴¹, possano realizzarsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità». ⁴² Ebbene, proprio nell'ambito dell'attività discrezionale della pubblica Amministrazione può appieno immaginarsi «l'impiego di tecnologie informatiche che non si limitano ad eseguire istruzioni preventivamente programmate, ma pervengono all'autonoma formulazione di decisioni in relazione alle caratteristiche della fattispecie concreta»⁴³.

Viceversa, nei casi in cui la legge determina precipuamente l'atto ed il suo contenuto risulta evidente che l'autonomia decisionale dei programmi di intelligenza artificiale non sia utilmente sfruttata.

È altresì doveroso rimarcare che tale *modus operandi* non deve trasformarsi "in fideistico affidamento alla decisione della macchina",⁴⁴ ma deve rimanere non pregiudicata la possibilità per il cittadino di comprendere la decisione tramite un linguaggio che non sia solo captabile.

- deve contemplare la possibilità che sia il giudice a "dover svolgere, per la prima volta sul piano 'umano', valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica", con la conseguenza che la decisione robotizzata "impone al giudice di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti".

41 Sulle diverse tipologie di algoritmi cfr. G. AVANZINI, *cit.*, 79 ss., il quale effettua la seguente distinzione tra algoritmi comuni e sistemi di intelligenza artificiale è stata efficacemente chiarita in un recente arresto del Consiglio di Stato, il quale ha precisato che rientrano nella prima categoria i procedimenti basati su "una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato», osservando altresì che si tratta di una nozione «ineludibilmente collegata al concetto di automazione, ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano». Nel caso dell'intelligenza artificiale, invece, «l'algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico". (Cons. St., 25 novembre 2021, sez. III, sentenza n. 7891, 9.1). In senso opposto circa la possibilità di distinguere in modo netto gli algoritmi tradizionali dai sistemi di intelligenza artificiale, si veda N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, *cit.*, 817 ss.

42 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, sentenza n. 8472, par. 11. In senso analogo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, sentenza n. 881, par. 8.

43 G. MANDOLFO, *L'atto amministrativo elettronico*, in AA.VV., *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'internet*, a cura di G. Cassano, Milano, 2002, 1314-1315. Altresì, sullo stesso tenore: F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, *cit.*, 19. In senso contrario, cfr. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, *cit.*, 35 ss.; E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997, 564.

44 A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 366 ss.; M. TIMO, *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, 2020, 1190 ss.; J. DELLA TORRE, *Le decisioni algoritmiche all'esame del Consiglio di Stato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, 710 ss. F. COSTANTINO, *Algoritmi, intelligenza artificiale e giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 2022, 1507 ss.



Le decisioni amministrative algoritmiche devono essere rese conoscibili nei suoi aspetti tecnici, ma devono risultare anche comprensibili, mediante una spiegazione che lo traduca il canone computazionale sotteso in “regola giuridica”, rendendolo intellegibile ai suoi destinatari. Solo in tal modo, da un lato, si consente il pieno esercizio del diritto di difesa da parte del soggetto inciso dal provvedimento, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost. e, dall’altro, si rende attuabile il pieno sindacato di legittimità ad opera della giustizia amministrativa.⁴⁵ La ponderazione ha l’obiettivo, come sottolinea la dottrina amministrativa, di scongiurare il rischio di trasformare «la tecnica in un *escamotage* per giungere ad un “sistema a garanzie leggere”».⁴⁶

Nel nostro ordinamento, dunque, l’intelligenza artificiale può ottenere un “permesso di soggiorno” in termini esclusivamente strumentali e serventi all’attività dell’amministrazione e dell’uomo, lasciando per effetto che il *dominus* del procedimento sia sempre la persona fisica, a cui possono essere imputate - in virtù della cd. immedesimazione organica - prontamente le scelte; difatti, imputabilità e responsabilità costituiscono indefettibili presupposti di ammissibilità dei processi di informatizzazione dell’attività amministrativa, che non possono non essere considerati nella predisposizione degli strumenti di fruizione di detti mezzi; per tali motivazioni, appare fondamentale conoscere la logica del funzionamento dell’istruttoria algoritmica, al fine di rilevare errori e, eventualmente, di contestare la decisione finale.

Alla luce delle esposte riflessioni, l’algoritmo deve rimanere comparsa e non può diventare protagonista, poiché non è ammissibile un’abdicazione completa dell’essere umano ad esclusivo vantaggio del dominio informatico, in quanto - in tal modo - si andrebbe a danneggiare la fase istruttoria e conseguentemente quella provvedimentale, i cui parametri sono (e devono rimanere) scolpiti nei valori costituzionali. Il percorso di recepimento dei sistemi di decisione automatizzata è doveroso ma impone precipuamente di saggiare quali possano essere le modalità e gli strumenti di rafforzamento degli istituti e delle tutele procedurali, chiamati in questa sede a compensare, sul piano sostanziale e pratico, la dequotazione di legalità,⁴⁷ determinata proprio dal ricorso ai portali automatizzati⁴⁸.

45 E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2/2020. Si veda anche F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

46 C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 318 ss.

47 F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. amm.*, 4, 2017, 799 ss.; G. CARULLO, *Big data e pubblica amministrazione nell’era delle banche interconnesse*, in *Concorrenza e mercato*, 23, 2016, 181 ss.; M. FALCONE, *“Big data” e pubbliche Amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 601 ss.

48 L’azione amministrativa, sia essa discrezionale o vincolata, è sempre permeata da un’ermeneusi intellettuale, in quanto solo la mente dell’essere umano è in grado di realizzare quell’apporto soggettivo e volitivo che completa la norma. Lungi dal voler trasferire, dunque, questa importante suggestione



Dall'analisi rileva che è palpabile l'esigenza che richiama il legislatore ad attivarsi, sul piano nomopoietico e fattuale, al fine di tentare di governare (o meglio, di mettersi al riparo da) la risorsa informatica. Ciononostante, non basta abilitare solo con una norma legittimante le autorità a fare uso di questa tecnologia, piuttosto è mandatorio fornire un "codice" deontologico e principi propri che consentano la promozione e l'implementazione della macchina tecnologica in ogni campo operativo, seppur nel rispetto dei vincoli sopramenzionati. Inoltre, la predisposizione del corpo normativo deve essere realizzata da una pluralità di esperti - con domini scientifici tra loro diversi, proprio in virtù dell'eterodisciplinarietà di cui è intriso il fenomeno informatico - che siano in grado di programmare, frenare o superare le conseguenze pregiudizievoli che possono discendere da un uso scorretto od illegittimo dei *big data* nel campo amministrativo;⁴⁹ in tal guisa la tecnicizzazione risulterà misurabile e verificabile, oltreché (soprattutto) controllabile.

Nel solco di questo interesse pubblico-istituzionale per la l'intelligenza artificiale si deve volgere l'attenzione sul terremoto (positivo e negativo) che l'utilizzo della tecnologia andrà a creare anche nel settore pubblico e, di riflesso, in ambiti sensibili come quello della tutela dei beni culturali, auspicando di poter raggiungere un equilibrato temperamento tra queste due leve in tensione.⁵⁰ In conclusione, dunque, «la rivoluzione digitale è tale perché la tecnologia è diventata un ambiente da abitare, una estensione della mente umana, un mondo che si intreccia con il mondo reale e che determina vere e proprie ristrutturazioni cognitive, emotive e sociali dell'esperienza, capace di rideterminare la costruzione dell'identità e delle relazioni, nonché il vissuto»⁵¹, ma va dominata.⁵²

3. Un processo in divenire: verso il patrimonio culturale digitale.

Riportando l'analisi sulla tematica principale oggetto d'indagine, traspare manifestamente che il concetto di patrimonio culturale è indubbiamente in evoluzione. Uno dei fattori che ha contribuito a tale mutamento, come si è detto, è da rintracciare proprio nel percorso

all'intelligenza artificiale conferendole una *potestas* antropomorfa che renda la macchina in grado di *intelligere*.

49 S. MAGLIONE, *La Pubblica Amministrazione "al varco" dell'Industria 4.0: decisioni automatizzate e garanzie procedurali in una prospettiva human oriented*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, 46.

50 U. GALETTA - J.G. CORVALAN, *Intelligenza artificiale, per una a. 4.0? Potenzialità, rischi sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019.

51 T. CANTELMÌ, *L'era digitale e la sua valenza antropologica: i nativi digitali*, 2009.

52 Dunque, appare mandatorio evitare che la pubblica amministrazione faccia "un passo indietro rispetto a quello che è il suo compito fondamentale di guardiano dell'interesse pubblico", in quanto "non sembra comunque immaginabile un'amministrazione senza potere, alla stregua di un principe senza scettro, oggetto passivo degli eventi e non compartecipe di questi stessi". In tal senso si esprime d.u. galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 501 ss.



tecnologico-evolutivo che ha visto coinvolta la pubblica amministrazione⁵³. Il suo nuovo abito è duttilmente stato ridisegnato in virtù di una più condivisibile riqualificazione interpretativa - operativa delle attività pubbliche mediante le quali si realizza l'interesse della collettività. Il processo di digitalizzazione auspica poter interagire con esso, tentando di rendere la cultura universalmente fruibile e maggiormente valorizzata, dato che il digitale vuole essere un luogo "da abitare" e, di conseguenza, un'estensione propria dell'essere umano.

Tale affermazione invoglia a scandagliare una realtà concreta e non empirica quale è quello del mondo dei *big data*,⁵⁴ che hanno assunto una posizione preminente anche nell'ambito culturale.

53 "L'articolo 3-bis, introdotto dalla L. n.15/2005, introduce il principio secondo il quale, a fini di efficienza, le pubbliche amministrazioni incentivano l'uso della telematica nei rapporti interni, tra amministrazioni, e tra amministrazioni e privati. Lo stesso principio è più organicamente ripreso nel Codice dell'amministrazione digitale, approvato con D.Lgs. 82/2005. In attuazione della delega contenuta nell'art. 10 della legge 229/2003 finalizzata al coordinamento e al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di Società dell'informazione, è stato adottato il Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 82/2005). Il testo ha operato un riassetto sistematico delle disposizioni in materia di attività digitale delle pubbliche amministrazioni, con l'intento di offrire un quadro legislativo adeguato a promuovere e disciplinare la diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione non solo nelle pubbliche amministrazioni, ma anche tra cittadini e imprese. A questi ultimi viene riconosciuto il diritto di ottenere l'uso delle nuove tecnologie nei rapporti con la A., che dovrà consentire tale uso e riorganizzarsi tenendo presenti le reali esigenze degli utenti migliorando la qualità dei servizi resi. Oltre ad individuare i diritti dei cittadini e delle imprese, il Codice stabilisce le norme generali per l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni con riferimento alla digitalizzazione e definisce i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le autonomie locali in materia. È operata quindi una semplificazione e un riassetto della normativa in materia di documento informatico, di firme elettroniche, di amenti informatici, prevedendo la facoltà di formare e conservare, su supporto informatico, libri e scritture. Viene stabilito il principio generale secondo cui le pubbliche amministrazioni gestiscono i procedimenti amministrativi utilizzando tecnologie informatiche e sono individuate le linee fondamentali per la formazione e la gestione informatizzata dei documenti, con riferimento anche alla loro riproduzione e conservazione. Oltre a regolamentare la trasmissione informatica dei documenti, con particolare riguardo al suo valore giuridico e all'uso della posta elettronica da parte delle pubbliche amministrazioni, il Codice detta disposizioni sull'organizzazione dei servizi in rete erogati dalle pubbliche amministrazioni e sulla carta di identità elettronica e la carta nazionale dei servizi. Oltre al Codice, in attuazione della medesima delega della legge 229/2003, è stato adottato il D.Lgs. 42/2005, che ha istituito il Sistema pubblico di connettività e la Rete internazionale della pubblica amministrazione". Interamente tratto e consultabile direttamente da: http://leg15.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/01/01_cap18.htm

54 G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali*, in *Labour & Law Issues*, 1, 2021, 79 ss.; B. SPAMPINATO, *Per un primo inquadramento teorico della decisione amministrativa algoritmica*, in *AmbienteDiritto.it*, 3, 2021; A. MASUCCI, *L'automatizzazione delle decisioni amministrative algoritmiche fra big data e machine learning. Verso l'algocratic governance?* In *Dir. e proc. amm.*, 2, 2022, 265 ss. Sul tema si legga altresì L. AVITABILE, *Presentazione, Algoritmi al potere. Calcolo giudizio-pensiero*, in B. ROMANO, Torino, Giappichelli, 2018, 13 e ss., ad avviso del quale "la scienza della computazione si è sviluppata in modo



Quest'universo parallelo, invero, si connota per il suo essere «paesaggio sterile e desertificato dalla parola e dai sentimenti,⁵⁵ centro di proliferazione di calcoli e di algoritmi, che stanno acquistando progressivamente potere». L'impatto di tale innovazione esalta e, al tempo stesso, preoccupa in quanto devono essere coniugati dati - risultato di un prodotto seriale di una macchina - con beni materiali tangibili e parte del paesaggio culturale da proteggere e conservare, aldilà dei formanti giuridici e conoscitivi utilizzati per tale finalità; in virtù di detta falsariga, pertanto, merita di essere attentamente scrutato il carattere di immaterialità proprio di ciascuna entità culturale⁵⁶.

Posta la suddetta premessa e partendo da una dimensione del concetto di patrimonio culturale "tangibile o comunque dotata di una sua capacità di percepibilità"⁵⁷, è intuibile come, al giorno d'oggi, il bene culturale si stia oramai «affrancando dalla sua connotazione originaria, divenendo altro da sé e distaccandosi severamente dalla sua cosità»⁵⁸ meramente corporea. Infatti, il bene transitato in forma digitale è capace di scindersi da ciò che era, divenendo *res* degna di una sua autonoma regolazione in forza della sua nuova connotazione, ancorché derivata o connessa.

Nell'inquadramento della materia⁵⁹, tentare di incasellare, in un sistema binario, il distinguo tra bene culturale tangibile e digitale è un'operazione che ha generato un errore interpretativo macroscopico "in quanto non si può non ritenere che la versione *bit* di un bene non assuma una veste nuova o non costituisca una diversa rappresentazione del bene originale che, per i suoi connotati distintivi, funge solo da parametro di riferimento. In un'epoca remota

straordinariamente veloce e l'elaborazione dei *big data* viene fatta mediante la programmazione di un risultato, individuato e raggiunto secondo il grado di certezza proprio dei numeri, palesando una desertificazione della parola che, destrutturata, mette in crisi la sua polisemia, con ricadute rilevanti sul concetto di interpretazione che, diventando progressivamente monosemica, afferma un'ermeneutica funzionale univoca. Una volta ideati, gli algoritmi operano con il potere della riduzione computazionale di elementi centrali dell'esistenza e della coesistenza. [...] per l'algoritmo, l'interesse degli elementi elaborati è calcolabile, quantificabile, misurabile secondo un linguaggio numerico. Ma quel che interessa maggiormente è la trasformazione della libertà umana, gli elementi empatici, in quantità calcolabili, trattati dalle procedure algoritmiche, che incidono sulla realtà delle persone destinate ad una produzione di dati serializzati, attraverso una profilazione di massa non immediatamente percepibile, che condiziona e sagoma le azioni della soggettività".

55 A. CLARIZIA, *La nozione di algoritmo "tecnologico" secondo una recente decisione del Consiglio di Stato*, in *Osservatorio Stato Digitale*, IRPA, 2022.

56 Per un'esposizione sistematica si legga: E. FOLLIERI, *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio. I beni culturali*, vol. I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005

57 Per una puntuale ricostruzione cfr. P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, *op. cit.*, 245 e ss.

58 Ancora sul punto P. FORTE, *op. cit.*, 247 e ss.

59 L. R. PERFETTI, *Il bene pubblico ai tempi dell'assenza della cosa. Appunti per una possibile (contro)teoria dei beni pubblici*, in *Rivista "Pa Persona e Amministrazione"*, 2/2019, 303-310.



le due dimensioni viaggiavano insieme, pur riconoscendosi valore giuridico di ciascuno dei due volti⁶⁰: materiale e immateriale⁶¹. Oggigiorno, aderire nuovamente a siffatta chiave di

60 A partire dalla distinzione tra cose corporali e cose senza corpo data da Gaio nelle *Institutiones*, e alla definizione di *bonum* proposta da Ulpiano, (su cui si v. B. BISCOTTI, *Dei beni. punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni*, in L. GAROFALO (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, Jovene, 2016, I, 1 ss.), la questione rappresenta un *topos* della storia del diritto.

61 "In base all'articolo 9 della Costituzione, la Repubblica italiana tutela il paesaggio ed il patrimonio storico e artistico della nazione. "L'articolo 117, secondo comma, lett.s), del nuovo Titolo V della Costituzione ha annoverato la "tutela dei beni culturali" tra le materie di competenza esclusiva dello Stato (prevedendo, altresì, la possibilità di attivare, su iniziativa della regione interessata, ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost.), mentre l'art. 117, terzo comma, Cost., ha incluso la "valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali" tra le materie di legislazione concorrente. Inoltre, l'art. 118, terzo comma, Cost., ha devoluto alla legge statale il compito di disciplinare "forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali" tra Stato e regioni. La legge di riforma costituzionale approvata in via definitiva il 16 novembre 2005 non prevede modifiche rispetto a questa ripartizione. Con riferimento alla giurisprudenza costituzionale in tema di riparto delle competenze sopra delineate tra Stato e regioni, occorre innanzitutto segnalare alcune sentenze riguardanti in generale lo sviluppo della cultura (sentenze n. 478 del 2002 e 307 del 2004). A tale riguardo la Corte ha affermato che essa corrisponde a finalità di interesse generale, "il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 della Costituzione) anche al di là del riparto di competenze per materia fra Stato e regioni di cui all'art. 117 della Costituzione"; in tal senso la Corte si pone in linea con la giurisprudenza precedente alla riforma costituzionale (sentenze nn. 276 del 1991, 348 del 1990, 829 e 562 del 1988). Ai fini del discrimine delle competenze, ma anche del loro intreccio nella disciplina dei beni culturali, la Corte ha tratto elementi di valutazione in una prima fase, oltre che dal Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali (d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490), dal d.lgs. n. 112 del 1998, che aveva ridefinito sul piano amministrativo - prima della riforma costituzionale - la distribuzione delle competenze tra Stato, regioni, province e comuni; il Testo unico riservava all'amministrazione centrale la tutela dei beni culturali e ambientali; attribuiva, secondo il "principio di sussidiarietà", una concorrenza tra lo Stato e le autonomie territoriali nell'attività di conservazione e gestione di musei o altri beni culturali statali; demandava la valorizzazione dei beni culturali e la promozione delle attività culturali allo Stato, alle regioni e agli enti locali, ciascuno nel proprio ambito ed in regime di cooperazione. In proposito la Corte ha ribadito l'efficacia di tali disposizioni "non solo perché è individuabile una linea di continuità tra la legislazione degli anni 1997-98, sul conferimento di funzioni alle autonomie locali, e la legge costituzionale n. 3 del 2001, ma soprattutto perché è riferibile a materie-attività, come, nel caso di specie, la tutela, la gestione o anche la valorizzazione di beni culturali, il cui attuale significato è sostanzialmente corrispondente con quello assunto al momento della loro originaria definizione legislativa" (sent. n. 94 del 2003, n. 9 e 26 del 2004). Quanto al merito, la Corte ha rilevato che la tutela e la valorizzazione dei beni culturali, nelle normative anteriori all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, sono state considerate attività strettamente connesse ed a volte sovrapponibili. Così l'art. 148 del d. lgs. n. 112 del 1998 annovera, tra le attività costituenti tutela quella diretta "a conservare i beni culturali e ambientali", mentre include tra quelle in cui si sostanzia la valorizzazione quella diretta a "migliorare le condizioni di conservazione dei beni culturali e ambientali". La gestione, poi, nella definizione che ne dà il medesimo articolo, è funzionale sia alla tutela



sia alla valorizzazione. Nella sentenza n. 9 del 2004 la Corte individua una definizione delle due funzioni: la tutela è “diretta principalmente ad impedire che il bene possa degradarsi nella sua struttura fisica e quindi nel suo contenuto culturale; ed è significativo che la prima attività in cui si sostanzia la tutela è quella del riconoscere il bene culturale come tale”; la valorizzazione “è diretta soprattutto alla fruizione del bene culturale, sicché anche il miglioramento dello stato di conservazione attiene a quest’ultima nei luoghi in cui avviene la fruizione ed ai modi di questa”. In tale contesto la Corte riconduce la riserva di competenza statale sulla tutela dei beni culturali “anche alla peculiarità del patrimonio storico-artistico italiano, formato in grandissima parte da opere nate nel corso di oltre venticinque secoli nel territorio italiano e che delle vicende storiche del nostro Paese sono espressione e testimonianza. Essi vanno considerati nel loro complesso come un tutt’uno, anche a prescindere dal valore del singolo bene isolatamente considerato.” Successivamente all’adozione del Codice dei beni culturali e paesaggistici di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 232 del 2005, ha quindi richiamato le disposizioni ivi contenute: tale testo legislativo, secondo la Corte, “ribadisce l’esigenza dell’esercizio unitario delle funzioni di tutela dei beni culturali (art. 4, comma 1) e, nel contempo, stabilisce, però, che siano non soltanto lo Stato, ma anche le regioni, le città metropolitane, le province e i comuni ad assicurare e sostenere la conservazione del patrimonio culturale e a favorirne la pubblica fruizione e la valorizzazione (art. 1, comma 3). Nelle materie in esame la Corte ribadisce quindi la coesistenza di competenze normative, confermata peraltro dalla previsione dell’articolo 118, terzo comma, della Costituzione, ai sensi della quale nella materia dei beni culturali la legge statale preveda forme di intesa e coordinamento tra Stato e Regioni”. Merita segnalare, inoltre, riguardo ad interventi specifici di carattere finanziario recati da leggi statali in materia di beni e attività culturali, che la Corte ha più volte, nel corso della legislatura, dichiarato illegittime norme statali che attribuivano finanziamenti a destinazione vincolata in materie la cui disciplina spetti alle Regioni perché non rientranti in ipotesi di competenza esclusiva dello Stato (sent. n. 160 del 2005), ritenendo che le funzioni attribuite alle regioni comprendano anche la possibilità di erogazione di contributi finanziari a categorie di soggetti pubblici o privati, dal momento che, in numerose materie di competenza regionale, le politiche consistono appunto nella determinazione di incentivi economici ai diversi soggetti che vi operano e nella disciplina delle modalità per la loro erogazione. Tale orientamento ha di fatto influenzato “l’attività della Commissione nel settore dei beni e delle attività culturali limitando gli interventi economici - più frequenti nelle passate legislature - a favore di determinati soggetti ed incentivando al contrario l’adozione di quegli strumenti, previsti anche nel Codice dei beni culturali, volti a promuovere la collaborazione tra Stato, regioni ed autonomie locali nel settore della valorizzazione di beni e attività culturali, quali, in particolare, i consorzi, le intese istituzionali e gli accordi di programma”. Interamente tratto e consultabile da: http://leg15.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/07/07_cap14.htm La letteratura sui principi costituzionali in materia di beni culturali è praticamente senza confini. Si legga in merito: R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il patrimonio culturale nelle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e nel Codice del terzo settore*, in *Munus*, 1, 2018, 405, che evidenzia “la dimensione etica del patrimonio culturale, come fattore di legame sociale, di sviluppo socio economico, di valorizzazione delle diversità culturali”. A. MANZI, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2004; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Milano, 2004; M. FIORILLO, *L’ordinamento della cultura*, Milano, 2003; S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673; V. CERULLI IRELLI, *I beni culturali nell’ordinamento italiano*, in *Studi parlam. e di politica cost.*, 1994, 27; M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 3.



lettura appare più congeniale allo stato dell'arte in quanto la riproduzione di un prodotto in formato digitale non costituisce una mera replica rispetto al suo corpo nativo, ma piuttosto, esso rappresenta una versione arricchita ed in grado di circolare nel mondo giuridico autonomamente. La conseguenza di tale autonomia performativa del bene digitale determina la sua fruibilità non circoscritta ad un numero definito di fruitori, in virtù della rilevante potenzialità di riuso del bene, che viene a costituire un concreto valore aggiunto.

Nondimeno, appunto, un passo importante nel percorso evolutivo⁶² del bene culturale immateriale si è avuto nel momento in cui è stato considerato fondamentale trattare i beni culturali non solo nella loro dimensione puramente estetica ma cogliendone la funzione di testimonianza, concetto che impone di oltrepassare le barriere dei corpi e di esplorare il territorio immenso dell'immaterialità. Indi, si è accettato di rivolgersi ai contenuti intangibili ed epistemici che ciascun bene può offrire, dato che ogni cespite culturale rimane sostanzialmente un *unicum*, costituito da componenti tangibili ed intangibili.

A riprova di ciò, proprio l'introduzione della disposizione di cui all'art. 7- *bis* del d.lgs. n. 42 del 2004⁶³ conferma la doverosità che venga fornita una apposita tutela a "quei beni che assumono rilevanza culturale non in sé, ma solo in quanto, per l'appunto, espressioni di identità culturale collettiva".⁶⁴ Dunque, questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia⁶⁵.

62 Sull'argomento si veda L. CASINI, G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. CAIA (a cura di), *Il Testo unico sui beni culturali ambientali* (d.lgs. 29 ottobre, 1999, n. 490). Analisi sistematica e lezioni, Milano, Giuffrè, 2000; S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon*, fasc. 1, 2014.

63 Art. 7-*bis*. - *Espressioni di identità culturale collettiva* - statuisce quanto segue: "1. Le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10".

64 D. DONATI, *op. cit.*, 323-337. Si vedano, in ambito pubblicistico, gli scritti sul tema di A. M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Diritto ed economia*, 1956; M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Milano, Giuffrè, 1963; ID., *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975; G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, Jovene, 1971, Torino, Giappichelli, 2.

65 Si realizza dunque, secondo un principio di sussidiarietà verticale "inversa", un governo multilivello nella tutela e valorizzazione dei beni culturali. Sul punto, P. CHIRULLI, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in *Dir. amm.*, 4, 2019, 697; A. SIMONATI, *Salvaguardia del patrimonio culturale immobiliare e ruolo degli enti locali*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 3, 2018, 369; G. MANFREDI, *Il riparto delle competenze in tema di beni culturali e la leale collaborazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3, 2017, 791.



«Risulterebbe, dunque, errato affermare che possono essere oggetto di tutela soltanto le cose materiali»⁶⁶, in quanto si addiverrebbe ad una interpretazione abrogante e contraria alla lettera dell'art. 7 - *bis* d.lgs. n. 42 del 2004; talché viene in rilievo che propriamente la tutela, prevista dal d.lgs. n. 42 del 2004, non è da reputare snaturata ma addirittura, al contrario, ampliata, perché può ora giungere a ravvisare la pregevole connotazione di culturalità della cosa materiale non solo nella sua consistenza intrinseca, ma anche nella sua connessione con manifestazioni culturali immateriali e, conseguentemente, con i beni digitalizzati.⁶⁷

Dal tenore di quanto riportato si evince che sia il Codice dei beni culturali e la Carta costituzionale⁶⁸ non accordano una irrazionale lettura restrittiva alla definizione rinvenibile dal lemma "patrimonio culturale", perché tentano diversamente di ricollegare ogni bene culturale alla testimonianza avente valore di civiltà che esso porta con sé. Proprio detta accezione, afferma la dottrina⁶⁹, costituisce un ossimoro di peculiare rilievo, in quanto evidenzia un rapporto antinomico (ancorché solo apparente) tra due sostantivi: il primo, identità, di portata statica, ed il secondo, culturale che cela, invece, una sua natura dinamica ed evolutiva. E, dunque, poiché nessuna cultura può dirsi statica, ne consegue che anche l'identità culturale non può che avere una connotazione itinerante.

Il retaggio culturale di ogni epoca, invero, è un processo perpetuamente in movimento, che non guarda e non può guardare solo al passato ma che deve sporgersi continuamente alla finestra del cambiamento per creare reti di confronto, di integrazione e cooperazione, in quanto «le grandi civiltà e le culture e subculture... si sono formate e si sono sempre rigenerate

66 D. DONATI, *cit.*, 330. Sull'argomento si veda L. CASINI, G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. Caia (a cura di), *Il Testo unico sui beni culturali ambientali* (d.lgs. 29 ottobre, 1999, n. 490). Analisi sistematica e lezioni, Milano, Giuffrè, 2000; S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon*, fasc. 1, 2014

67 A. BARTOLINI, *L'immaterialità di patrimoni culturali*, in A. BARTOLINI - D. BRUNELLI - G. CAFORIO (A CURA DI), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche* (Atti di convegno svoltosi ad Assisi, 25-27 ottobre 2012), Napoli, Jovene, 2014, 228, nota come la preservazione della memoria (e dunque, diremmo oggi, del carattere immateriale) sia stato sempre presente nella disciplina e negli interventi pubblici riguardanti il patrimonio culturale.

68 "Lo Stato nel porsi gli obiettivi della promozione e dello sviluppo della cultura, deve assicurare alla collettività il godimento dei valori culturali espressi da essa": così Corte Cost., 6 marzo 1990, n. 118. Doveroso leggere gli studi sulla disposizione costituzionale in parola dei seguenti autori: F. MERUSI, *Sub art. 9*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna Roma, 1975; ID., *Significato e portata dell'art. 9 della Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di C. Mortati, III*, Milano, 1977, 806; G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, 1987, 53; M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, 1999; G. SCIULLO, *Beni culturali e riforma costituzionale*, in *Aedon*, 2001, n. 1; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La elaborazione del "diritto dei beni culturali" nella giurisprudenza costituzionale*, in *Aedon*, 2007, n. 1.

69 Così proprio P. FORTE, *op. cit.*, 250 e ss.



dall'ibridazione, dalla contaminazione reciproca, secondo un paradigma dinamico che è infine all'origine dei frutti più preziosi della storia umana».⁷⁰

Appare, difatti, possibile asserire in via consequenziale che digitalizzare non può segnatamente significare solo riprodurre, o addirittura replicare, in quanto, in detta ipotesi, con la mera riproduzione verrebbe meno la «originalità dell'opera, si affievolirebbe l'importanza della tecnica utilizzata, e resterebbe priva di valore la resa estetica»⁷¹, deliberandosi in conseguenza che la testimonianza dell'opera sia vacillante. Oltretutto «l'esigenza di salvaguardare il patrimonio culturale, anche immateriale»⁷², ha non recenti

⁷⁰ A tal fine, cfr. F. RIMOLI, *cit.*, 97.

⁷¹ Sempre P. FORTE, *op. cit.*, 259, ad avviso del quale: “Fintanto che la digitalizzazione produca la sola replica digitale del bene culturale, insomma, l'operazione non si distingue significativamente dalla riproduzione, ancorché già così si possano produrre alterazioni e un aumento delle possibilità di contatto, conoscenza ed esperienza del bene digitalizzato; ma la presenza di queste iscrizioni, secondo un certo modo di concepirle, supera la condizione propria della riproduzione mera, e concorre alla costituzione di un distinto oggetto sociale, ancorché derivato, rispetto a quello di origine. Ecco dunque spiegata la possibilità di una ontologia propria, distinta, del prodotto digitale, nonostante le relazioni che esso indubitabilmente conserva con il bene “di base”: per certi aspetti si può dire che l'immissione nel mondo digitale dei beni culturali è operazione costitutiva, non meramente ricognitiva, e chi vi lavora, in un certo senso, concorre alla nascita di un nuovo bene epistemico, cognitivo, derivato da quello culturale già esistente, ma non identico, e nemmeno meramente riproduttivo”.

⁷² M. IPPOLITO, *Il patrimonio digitale della cultura: un'opportunità di fruizione dei beni culturali “senza barriere”*, in *Rivista Pa Persona e Amministrazione*, Ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia, 2/2021, 754 la quale afferma: “Relativamente a siffatta normativa, va, infatti, ulteriormente osservato che la procedura di candidatura Unesco alle liste del Patrimonio Culturale Immateriale segue percorsi del tutto svincolati dai procedimenti di tutela ordinari e che, nel momento in cui l'Amministrazione opera entro i limiti normativi previsti dal d.lgs. n. 42/2004 e applica l'art. 7-bis alle attività di tutela e di valorizzazione previste dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, effettua, secondo la metodologia di indagine etnografica, una mediazione tra le istanze identitarie, le forme di autorappresentazione delle comunità detentrici di specifici beni o attività culturali e i parametri e le concezioni necessari al loro riconoscimento istituzionale. Detto sistema, sebbene rigidamente ancorato alla tipicità, lascia l'interprete in una zona d'ombra - e per la quale occorrerebbe una disposizione chiarificatrice ad hoc - allorché non abbia certezza di quale siano (o passano essere) le cd. “idonee caratteristiche”, che devono doverosamente sussistere per perimetrare, od ancor meglio azzerare, la discrezionalità del decisore nel momento in cui va ad effettuare la cd. valutazione di culturalità di un bene non tangibile, stante l'assenza di chiare disposizioni operative idonee a differenziare le “res presumibilmente o apparentemente culturali”. Questo *fumus* sul concetto di “culturalità”, ove non venga normativamente delimitato, lascerebbe prevalere la valutazione soggettiva e largamente opinabile e da cui tanto si fugge, in quanto mezzo con cui si rischia di potenziare il contenzioso amministrativo, a discapito dell'auspicata certezza e speditezza del procedimento; ciononostante, non può farsi a meno di rimarcare che andare a cogliere il valore estetico-culturale di un'opera è di certo un procedimento complesso e giammai incontrovertibile, soprattutto quando si agisce per compartimenti non conchiusi e privi di un'intrisa ed assoluta giuridicità. È constatabile, difatti, che la valutazione culturale, in queste ipotesi, andrebbe realizzata principalmente mediante il rinvio a discipline non giuridiche, seppur di difficile permeabilità da parte del giudice amministrativo”.



fondamenta. Questa esigenza nasce di fatto dal bisogno già manifestatisi con la Convenzione Unesco del 2003⁷³, ratificata dall'Italia nel 2007, nell'ambito della quale sono state adottate le prime effettive misure idonee a procedere ad una corretta identificazione dei beni annoverabili in tale categoria.⁷⁴

Tale documento possiede l'indubbio ed ulteriore merito di aver incentivato la catalogazione dell'intero patrimonio culturale, presente sul territorio nazionale, predisponendo «per esso tecniche di conservazione e valorizzazione in grado di preservarlo e trasmetterlo come eredità alle generazioni future. In linea con detta chiave di lettura, indi, viene ad ergersi a categoria unitaria»⁷⁵ il concetto di bene culturale in quanto è da prendere in considerazione non il contenitore, bensì il contenuto. Anche l'Unione Europea⁷⁶ ha riposto la sua attenzione al

73 Ancora sempre M. IPPOLITO, *op. cit.*, sostiene: “È, indubbiamente, merito della Convenzione Unesco, del 23 novembre 1972, e delle politiche internazionali, in materia di protezione dei beni culturali, rimarcare, la preminente rilevanza delle questioni riguardanti la conservazione e la valorizzazione, sul piano mondiale, del patrimonio culturale. Con l'accordo multilaterale in materia di Recupero e protezione di Beni culturali vengono, per la prima volta, individuati, includendoli in una lista, i beni culturali, le città e i siti culturali la cui protezione è un diritto-dovere di tutti i popoli del mondo. Questa nuova e originale visione che informa la nozione di patrimonio culturale dell'umanità, presenta almeno due aspetti d'interesse. Il primo afferisce all'obbligo, per ogni Stato aderente alla Convenzione, di dover assicurare l'identificazione, la protezione, la conservazione e la trasmissione alle generazioni future del patrimonio culturale e naturale; il secondo, travalicando l'appartenenza territoriale e amministrativa del bene, sottolinea che il suo “valore” coinvolge la sensibilità, l'immaginazione e la cultura di tutti i cittadini del mondo”.

74 M. IPPOLITO, *op. cit.*, 254.

75 Parte della letteratura ha anticipato l'esistenza dei beni culturali immateriali, si veda cfr., S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, cit., 177 ss. e ID., *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 781 ss.; nonché, G. MORBIDELLI, cit., 580 e ss.; L. CASINI, “*Noli me tangere*”: *i beni culturali tra materialità e immaterialità*, cit., 1 e ss. Una posizione decisamente avversa alla previsione di una categoria autonoma di beni culturali immateriali si rinviene in P. CARPENTIERI, *Digitalizzazione, banche dati digitali e valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 3, 2020, secondo il quale “è errato pensare che le riproduzioni digitali caricate in internet costituiscano nuovi, autonomi “beni culturali immateriali”. Caso mai si tratta di nuovo “uso” del valore immateriale contenuto nel (ed espresso dal) bene culturale (materiale). [...] in realtà non è l'“oggetto” della disciplina che cambia, ma la “disciplina” dell'oggetto (la disciplina di un suo nuovo uso possibile, effettuato attraverso un mezzo innovativo, che si affianca a quelli tradizionali). [...] le riproduzioni in digitale del bene culturale sono copie digitali del bene culturale”.

76 Cfr. M. IPPOLITO, *op. cit.*, 756-757, la quale - in un'ottica ricostruttiva del concetto di bene culturale immateriale - evidenzia quanto segue: “Nell'evoluzione del concetto di patrimonio culturale non può sottacersi, altresì, l'attenzione, dell'Unione Europea, allo sviluppo del c.d. patrimonio culturale europeo, evincibile dall'art. 3, comma 3, del TUE, e alla valorizzazione del *cultural heritage*, ex art. 167 del TFUE, ratificato con L. 2 agosto 2008, n. 130, a mezzo del quale si intende promuovere la diversità culturale dei valori sottesi a ogni comunità. In un'ottica di apertura, della nozione di patrimonio culturale, all'immaterialità - traendo ispirazione dalla UNESCO charter for the Preservation of the Digital Heritage e dalla Raccomandazione del 22 febbraio 2017 su *The European Cultural Heritage Strategy for the 21st Century* - si inseriscono le prime riflessioni sulla transizione digitale dei beni culturali, partendo



fenomeno in commento, giammai condividendo l'idea restrittiva secondo la quale il vero oggetto della tutela del patrimonio culturale⁷⁷ sia ancorato ai soli beni dotati di una corporeità.

Ebbene, il processo di modernizzazione culturale, ancorché paia spingere la scienza giuridica ad inquadrare i beni culturali in uno schema rigido, non è tale da far sì che le due categorie possano ritenersi realmente paradigmi autonomi ma occorre considerali, *ex adverso*, due accezioni facenti parte di un solo nucleo definitorio.

Altresì, l'azionarsi di un algoritmo riproduttivo rende evidente che il processo di migrazione del bene culturale dalla sua univoca definizione originaria sia già *in fieri* e deve avvenire in modo da consentire il conseguimento della massima espansione ed espressione delle sue ancora non manifeste potenzialità.

Il decisore nazionale è chiamato a fissare regole di immediata applicazione ed a predisporre strumenti che fungano da spina dorsale della transizione in essere; peraltro, non può più essere taciuta la necessità di dover, in via definitiva oltre che definitiva, qualificare sul piano giuridico il concetto di bene digitalizzato⁷⁸, in quanto non pare ragionevolmente considerabile il digitale soltanto come una mera e transeunte declinazione della sua forma corporea nata dato che si avverte, sempre con maggiore enfasi, una certa esigenza di superare il limite della «*res quae tangi potest*».

dall'assunto che il "nuovo" bene digitalizzato possa contraddistinguersi, per tratti inediti, rispetto alla sua versione analogica e, solo in ipotesi residuali, possa assurgere a una mera replica del bene materiale. Tale approccio crea le basi per una nozione di patrimonio culturale digitalizzato".

77 L'art. 1 della Carta per la conservazione del patrimonio digitale sancisce che: "Il patrimonio culturale ricomprende «risorse culturali, formative, scientifiche e amministrative, come anche informazioni di natura tecnica, giuridica, medica e di altro genere, create in digitale, o convertite in forma digitale a partire da risorse analogiche già esistenti. Se si tratta di risorse "create in digitale", l'unico formato è l'oggetto digitale. I materiali digitali comprendono testi, *database*, immagini fisse e in movimento, audio, grafica, *software* e in *web*, in un'ampia e crescente varietà di formati. Sono formati spesso effimeri, che per poter essere con - servati vanno prodotti, mantenuti e gestiti in modo adeguato. Molte di queste risorse hanno valore e significato duraturi e costituiscono pertanto un patrimonio che deve essere protetto e conservato per le generazioni attuali e future. Questo patrimonio in continua espansione può esistere in qualunque lingua, in qualunque parte del mondo e in qualunque sfera della conoscenza o dell'espressione umana".

78 Sull'indeterminatezza dei concetti giuridici, dell'ampia letteratura si veda tra gli altri: D. DONATI, *Governare l'inafferrabile. La cultura nella disciplina normativa e nella prassi amministrativa*, in *Munus*, 2, 2017, 259-323; M. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione: contenuti e limiti*, Milano, Giuffrè, 1993, 116 ss.; H. EHMKE, *Discrezionalità e concetto giuridico indeterminato nel diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 2005.



Partendo dall'assunto che non tutti i beni digitali possono meritare un tale riconoscimento, bisogna stabilire quali siano le caratteristiche e qualità peculiari (o le prerogative specifiche) che deve assolutamente possedere⁷⁹ un singolo bene per poter

acquisire quest'accezione.⁸⁰

Si propone una solerte ricerca interdisciplinare e multiscalare che metta a sistema ogni sapere coinvolgendo - in un *brain to brain loop* - "esperti di dominio" per il riconoscimento delle specificità culturali del patrimonio architettonico ed artistico, con riguardo ai suoi valori storici, identitari e sociali.

79 A. TALAMONTI, *Nota a Consiglio di Stato - sezione sesta, ordinanza 28 giugno 2022, n. 5357, Vincoli culturali di destinazione d'uso e relativo perimetro applicativo. Il caso de "Il Vero Alfredo" al Consiglio di Stato*, in *Rivista giuridica Il diritto amministrativo*, 9 settembre 2023. Sono state, con detta pronuncia, rimesse all'Adunanza plenaria le seguenti questioni:

1) se, in presenza di beni culturali per "riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere" ex art. 10, comma 3, lett. d), D. Lgs. n. 42/04, il potere ministeriale di tutela ex artt. 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, D. Lgs. n. 42/04, possa estrinsecarsi nell'imposizione di un vincolo di destinazione d'uso del bene culturale, funzionale alla conservazione della integrità materiale della cosa o dei suoi caratteri storici o artistici; in caso affermativo, se ciò possa avvenire soltanto qualora la *res* abbia subito una particolare trasformazione con una sua specifica destinazione e un suo stretto collegamento per un'iniziativa storico-culturale di rilevante importanza ovvero ogniqualvolta le circostanze del caso concreto, secondo la valutazione (tecnico) discrezionale del Ministero, adeguatamente motivata nel provvedimento di dichiarazione dell'interesse culturale sulla base di un'approfondita istruttoria, giustifichino l'imposizione di un siffatto vincolo di tutela al fine di prevenire situazioni di rischio per la conservazione dell'integrità materiale del bene culturale o del valore immateriale nello stesso incorporato;

2) se, in presenza di beni culturali ex art. 10, comma 3, lett. d), D. Lgs. n. 42/04 che rappresentino (altresì) una testimonianza di espressioni di identità culturale collettiva ex art. 7 bis D. Lgs. n. 42/04, il potere ministeriale di tutela ex artt. 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, D. Lgs. n. 42/04. D. Lgs. n. 42/04, in combinato disposto con l'art. 7 bis D. Lgs. n. 42/04, possa estrinsecarsi nell'imposizione di un vincolo di destinazione d'uso della *res* a garanzia non solo della sua conservazione, ma pure della continua ricreazione, condivisione e trasmissione della manifestazione culturale immateriale di cui la cosa costituisce testimonianza. Con la sentenza del 13 febbraio 2023, n.5, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, esaminando il caso de "Il Vero Alfredo", giunge ad ammettere la configurabilità di un c.d. vincolo di destinazione d'uso del bene culturale, qualora il mancato vincolo di prosecuzione di una determinata attività in relazione alla *res* farebbe perdere alla stessa il suo valore culturale; coglie inoltre l'occasione per fare il punto sul regime giuridico applicabile ai c.d. beni culturali immateriali, ritenuti tutelabili per il tramite degli ordinari strumenti normativi previsti dal Codice dei beni culturali e del paesaggio.

80 Si legga sempre, come riferimento fondamentale: P. FORTE, *op. cit.*, 57 e ss.



In questo panorama, si colloca idoneamente la *blockchain*⁸¹- di cui meglio si dirà - che possiede oramai una posizione sempre più imperante nel processo di digitalizzazione dell'apparato amministrativo culturale, grazie all'impiego di reti di tipo crittografico.

Le considerazioni svolte consentono allo scrivente di mettere in luce che, ancora una volta, purtroppo, il diritto e l'ordinamento giuridico faticano a adeguarsi prontamente alla sensibilità della prassi evolutiva, in quanto probabilmente reclusi in normative e categorie dogmatiche, che mal si adattano a recepire innovazioni ed a dare rilievo, sul piano della tutela, agli interessi sensibili che emergono con veemenza come considerevoli.

Il quadro normativo, come è stato ampiamente segnato, è ad oggi ancora inadeguato, e, pertanto, *de iure condendo*, bisogna probabilmente auspicare che sia la giurisprudenza ad incentivare e guidare il legislatore, in quanto essa ha forse maggiore capacità di farsi interprete e di rendere in forma giuridica talune "sensibilità", che non risultano adeguatamente e prontamente recepite dal decisore politico, che al contrario continua a legiferare in modo discontinuo e magmatico, non comprendendo le (frustrate) istanze della collettività.

4. Blockchain: un'opportunità per il monitoraggio digitale, la protezione, il godimento del patrimonio culturale nazionale?

Poste le premesse sulla potenza conoscitiva dell'intelligenza artificiale e sugli effetti (ordinanti o meno) che essa potrebbe produrre in diritto, rileva mettere in risalto che l'analisi (sulle criticità) dei modelli decisionali algoritmici si iscrive legittimamente nella trattazione del più ampio e pertinente tema avente ad oggetto il ricorso a modelli digitali ed alternativi strumentali ad una differente fruizione del patrimonio culturale.

Orbene, nell'epoca della transizione digitale del patrimonio culturale, risulta da perseguire un duplice obiettivo: da un lato, garantire la tutela e la valorizzazione, quali compiti costituzionali, e dall'altro, fare in modo di predisporre mezzi idonei che possano agevolare e promuovere lo sviluppo della cultura e l'uso di banche dati digitalizzate.

A ben vedere, il processo di digitalizzazione ha per l'appunto quale scopo concreto «quello di trasformare il compendio culturale, di cui è materialmente titolare la nostra nazione, mutandolo in capitale cognitivo ed agevolando, tramite la digitalizzazione, l'accesso a luoghi, beni di cultura, anche lontani rispetto al fruitore».⁸² Le tecnologie, infatti, per le loro

81 "La *blockchain* è un *database* distribuito. [...] Il sistema distribuito si pone in alternativa al classico modello *client-server*, in cui le informazioni transitano da un centro (il server) e si diramano mediante i *downloads* dei *clients*; piuttosto, esse sono replicate in una serie di computer (detti "nodi"), in una posizione di parità". Si legga in merito cfr. A.M. GAMBINO - C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 3, 2019, 625. Si veda anche F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *www.federalismi.it*, 27 maggio 2020, 93 e ss.

82 A tale proposito: F. COSTANTINO, *Impresa e Pubblica Amministrazione; da Industria 4.0 al Decreto Semplificazioni*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2020; D.U. GALETTA - J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per*



potenzialità vanno sicuramente viste con favore, in quanto sono in grado di contribuire alla salvaguardia dell'identità culturale⁸³ dei luoghi, alla diffusione della cultura e ad un incremento della produzione di offerte conoscitive innovative, anche fungendo da reale motore a supporto della crescita competitiva nonché allo sviluppo di nuovi modelli di *business* del turismo.

Alla luce di un siffatto quadro di riferimento, dunque, non può non prendersi in esame il ruolo decisivo giocato dall'intelligenza artificiale, in generale, e dalla *blockchain*⁸⁴, in particolare, di cui proprio la pubblica amministrazione si è fatta promotrice; di conseguenza, bisogna tentare di comprendere i vantaggi da essa prodotti, in termini di efficientamento sul piano operativo, senza tuttavia dimenticare che l'unica disposizione normativa in vigore⁸⁵ si limita a fornire una mera definizione delle tecnologie a registro distribuito, tramite espressioni che, per il proprio significato tecnico, appaiono poco adattabili alle regole del diritto amministrativo. Risulta, di conseguenza, compito dell'interprete cercare di coniugare tali aspetti tecnico-informatici con le norme che disciplinano l'ordinamento giuridico italiano, al fine di tentare di districare i nodi che il progresso tecnologico crea e di rendere comprensibile giuridicamente ciò che, *ictu oculi*, appare accessibile soltanto agli esperti del settore.

Deve osservarsi che lo strumento prescelto, rappresentato dal ricorso ai registri distribuiti, è stato ritenuto in grado di costruire un legame tra l'innovazione e apprensione virtuale dei beni culturali (evitandone i vetusti usi di essi sino ad oggi presenti nei vari luoghi del sapere), ma occorre scandagliarne le caratteristiche e le anomalie.

Orunque, la *blockchain*⁸⁶ è una tecnologia di computazione in grado di operare per trasduzione, replicando l'organizzazione gerarchica dei concetti propria di un cervello umano

una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in *www.federalismi.it*, 3, 2019.

83 Secondo G. SEVERINI, *Commento all'art. 2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 18, l'appartenenza del patrimonio storico e artistico alla Nazione, posta dall'art. 9 della Costituzione ha anche significato descrittivo di elemento costitutivo dell'identità nazionale.

84 Il primo documento pubblicato sul tema è stato il *paper* S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic System*, in *www.bitcoin.org*, 2008.

85 Art. 8-ter, D.L. n. 135/2018 (conv. in L. n. 12/2019), il cui comma 1 recita: "Si definiscono tecnologie basate su registri distribuiti le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili".

86 Ebbene, con il termine *blockchain* ci si riferisce ad una *Distributed Ledger Technology*, ossia ad una tecnologia capace di garantire trasparenza, irreversibilità e tracciabilità di un dato mediante la logica della distribuzione dello stesso tra più utenti di una rete. Quanto al funzionamento, la *blockchain* coinvolge tutti i nodi di una determinata rete, comportando che per ognuno di essi si configurino



e di applicarla, di riflesso, al suo processo di apprendimento, rendendolo più ottimale. Detta tecnologia, in particolare, consentendo di risalire all'*input* e all'*output* di ogni processo, affianca ad un blocco "0" successivi blocchi dotati di ogni possibile e fruibile informazione relativa ad una determinata operazione, agendo in modo lineare oltrech  interconnesso. Ogni blocco, in effetti, possiede una firma univoca e al suo interno vengono ad essere conservate tutte le operazioni compiute, attuando una catena interconnessa che non consente alcuna alterazione delle scelte predisposte. Il dato, dunque, dopo aver ricevuto validazione, confluisce in un *database* che non si trova materialmente su un solo *server* d'ingresso ma su vari processori di calcolo tra loro in sincronizzazione. In tal modo, ogni modifica o alterazione viene subito in evidenza tramite un semplice raffronto con le matrici detenute negli altri blocchi.

Sotto il profilo procedurale e per quanto concerne il livello di classificazione, si   soliti distinguere tra *blockchain*⁸⁷ di tipo «*permissionless* e *permissioned*»⁸⁸. Riguardo alla prima, chiunque   legittimato all'utilizzo, senza necessit  di alcuna autorizzazione da parte di un soggetto centrale, in quanto in essa la decentralizzazione   estrema. Al contrario, nella seconda, *permissioned blockchain*, la caratteristica distintiva, che la differenzia da quella *permissionless*,   proprio la presenza di un'autorit  autorizzatrice preposta a determinare le modalit  con le quali gli utenti possano partecipare al *network*; in quest'ultima tipologia naturalmente non si configura alcuna decentralizzazione. Sicch  la fondamentale differenza tra le due categorie test  delineate sembrerebbe individuarsi nella possibilit  di modificare pi  o meno agevolmente i dati o le informazioni in gioco.⁸⁹ Da tale analisi, altres ,   possibile dedurre che   la *blockchain* di tipo *permissionless* ad offrire maggiore solidit  dei dati grazie alla decentralizzazione, che non consente alcuna alterazione delle informazioni acquisite.

contestualmente gli attributi di *client* e di *server*. In tale modo ogni computer funge da distributore e da fruitore di un certo dato o di una certa informazione allo stesso tempo.

87 La *blockchain*   considerata la pi  conosciuta *Distributed Ledger Technology*, ossia il pi  diffuso "libro mastro" condiviso tra pi  nodi di una rete. La prima definizione, fornita dalla giurisprudenza nazionale,   da leggere nella pronuncia del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 27 gennaio 2022, n. 982.

88 Su tali distinzioni cfr. M. MARCHESI, *Blockchain pubbliche e permissioned: una questione di fiducia*, in www.federalismi.it, 2, 2021, 139; A.M. GAMBINO - C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2019, 619.

89 Si leggano sul tema: F. VOTTA, *L'amministrazione pubblica e la tecnologia blockchain*, in "Giornale di diritto amministrativo", 4/2022, 453; P. RUBECHINI, *Blockchain e pubblica amministrazione italiana: i primi passi di un cammino ancora lungo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 3, 298; S. CALDARELLI, *L'uso della tecnologia blockchain nel settore delle pubbliche amministrazioni: tra "mito" e realt  giuridica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2020; B. CAPPELLO - G. CARULLO - M. ANI - M. ATTARDO, *Il finanziamento delle opere pubbliche con la tecnologia blockchain: nuove forme di collaborazione pubblico-privato per una pi  efficace raccolta fondi bottom-up ed una pi  effettiva partecipazione della popolazione*, in *CERIDAP - Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 2, 2020.



D'altra parte, il meccanismo *de qua* non può che condurre a un «modello di auto-governo della società alternativo rispetto allo Stato e alle sue articolazioni amministrative, deputate all'espletamento delle funzioni pubbliche»⁹⁰. Inoltre, come sottolinea parte della dottrina⁹¹, laddove si pensasse di sostituire la struttura amministrativa con una piattaforma, operante sulla base di un registro distribuito, si potrebbe verificare un *vulnus* riguardo la certezza del diritto e la stabilità degli effetti, stante la stretta interconnessione di tali tecnologie alla connettività, come si è già menzionato innanzi. È stato posto in luce che in una simile evenienza, allorquando la rete dovesse venire meno, non si disporrebbe di un *backup* cartaceo idoneo a dare atto della preventiva esistenza di un determinato dato, eludendo la certezza dei diritti in esso contenuti.⁹²

Giunti a questo punto, occorre passare in rassegna le anomalie sinora generate e già riscontrate dal ricorso a questa catena di blocchi.

Preliminarmente, è doveroso evidenziare che il sistema computazionale *de quo*, in ambito di tutela e conservazione del patrimonio culturale, è pensato perlopiù per «catalogare e certificare lo stato di conservazione dei beni, monitorandolo costantemente sul piano tangibile al fine di scongiurarne il rischio di deterioramento o, ancor peggio, di assoluta perdita»⁹³. Sicché il dilemma primigenio attiene al rischio connesso all'obsolescenza tecnologica;⁹⁴ contro questo “nemico” occorre predisporre soluzioni preventive che possano fronteggiare immediatamente il degrado che potrebbe influire tanto sull'aspetto «materico» della *res*, tanto, benché in via più latente, sulla tecnica di riproduzione della cosa digitalizzata e sulla qualità dell'immagine fornita dalla riproduzione del bene di base. Il timore che il patrimonio digitale vada perduto impone agli Stati di predisporre misure urgenti per garantirne la conservazione a vantaggio delle generazioni future.⁹⁵ A tal guisa, il legislatore nazionale dovrà ricorrere a sistemi digitali per il comparto cultura che siano stati progettati e sviluppati in modo da

90 B. CAPPIELLO, *Blockchain Based Organizations and the Governance of On-Chain and Off-Chain Rules: Towards Autonomous (Legal) Orders?* in B. Cappiello - G. Carullo, *Blockchain, Law and Governance*, Springer, 2021, 24 ss.

91 G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2, 2019.

92 A. G. OROFINO - G. GALLONE, *Intelligenza artificiale - L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020.

93 B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2020.

94 Tratto dal già citato documento “Proposte per la Strategia italiana in materia di tecnologie basate su registri condivisi e *Blockchain*. Sintesi per la consultazione pubblica” redatto dal Ministero dello Sviluppo Economico, nonché il documento “Questioni di Economia e Finanza (*Occasional Papers*)”. *Addressing the Sustainability of Distributed Ledger Technology*, n. 670 del 4 febbraio 2022, curato da C. GOLLA - J. SEDLMEIR.

95 B. MARCHETTI, *The Algorithmic Administrative Decision and the Human in the Loop*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2021.



risultare aperti, ossia in grado di recepire automaticamente e con il fluire del tempo - benché nel rispetto del principio dell'economicità - gli aggiornamenti tecnologici relativi alla loro funzionalità.

Un ulteriore profilo concerne la possibile applicazione anche al bene culturale immateriale, "frutto di replica", delle norme poste a tutela delle opere d'ingegno⁹⁶. Orbene, dal canto suo, il bene digitale possiede certamente degli "elementi aggiuntivi e qualificanti", che gli restituiscono autorevolezza, distinzione, preziosità, ancorché esso si sia in realtà soltanto distaccato dal bene materiale, di cui è una mera *longa manus*. Tuttavia, siffatti elementi accessori lo arricchiscono, ne scompongono e modificano la struttura, garantendone di conseguenza una conoscenza maggioritaria e diversificata. Si è, dunque, dinanzi ad un bene differente e, per tale ragione, è possibile - seppur previa valutazione della sua capacità di essere da sé veicolo di conoscenza - considerarlo sottoposto alla citata disciplina.⁹⁷

Di portata più incerta, invece, pare essere «l'estensione delle eccezioni e limitazioni, di cui alla legge 633/1941, che impongono per la di loro applicazione un bilanciamento tra le contrapposte esigenze: da un lato, quelle proprie del diritto d'autore»⁹⁸ e, dall'altro, quelle degli altri diritti costituzionalmente garantiti. Seppur dette limitazioni sono da intendere come tassative e insuscettibili di applicazione analogica, risulta doveroso rilevare che anche il bene culturale digitale possieda una sua originalità - trattandosi pur sempre di creazione intellettuale meritevole di tutela - e ciò consente di estendere legittimamente l'applicazione della disciplina dei diritti connessi.

Stante quanto premesso, com'è noto, la transizione digitale non può mai esaurirsi nella mera procedura di semplificazione e di innovazione ma, al contrario, deve controbilanciarsi con la sostenibilità ambientale e, tra l'altro, con tutti quegli obiettivi che sono preordinati ad una crescita economica virtuosa, nonché circolare.

In particolare, la tematica del consumo energetico è strettamente correlata con quella della tutela ambientale e non si può analizzare l'uno senza avere un'adeguata conoscenza dell'altro. Nel processo di digitalizzazione del patrimonio culturale, invero, l'efficientamento energetico, preordinato alla riduzione del consumo energetico, deve essere predisposto attraverso azioni

96 D. DONATI, *op. cit.*, 335.

97 Sempre D. DONATI, *op. cit.*, 336 e ss. In dette pagine, l'autore si interroga sul se il bene frutto di digitalizzazione sia effettivamente da ritenere opera dell'ingegno ai sensi della l. 633/1941, precisando che in tal caso si dovrebbe dunque sospendere ogni sua considerazione come bene culturale, almeno nei termini dettati da una parte alla Sezione III («Durata dei diritti di utilizzazione economica dell'opera») dalla stessa legge 633/1941 e, dall'altra, dall'art. 10, comma 5 del Codice dei Beni Culturali.

98 A. MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno, letterarie e artistiche*, in Commentario del Codice civile, (a cura di) Scialoja e Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 2008; A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Roma-Bari, Laterza, 2019, spec., 17 ss. M. MODOLO, *Promozione del pubblico dominio e riuso dell'immagine del bene culturale*, in Archeologia e Calcolatori, 2018, 29, 75 ss.



in grado di rispettare i principi che sovrintendono la tutela ambientale, nonché con disposizioni volte a prevenire e/o limitare le emissioni atmosferiche, primigenia causa del cambiamento climatico. Tant'è che nell'articolo 2 del T.U Ambiente vi è un diretto riferimento all'«utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali», in quanto queste ultime sono necessarie per la salute umana, per il benessere e la qualità della vita ma anche per il progresso dell'attività economica.

Inoltre, va evidenziato che le risorse energetiche fossili e non rinnovabili sono limitate nella loro disponibilità e questo fattore induce a ridefinire l'attuale modello di sviluppo utilizzato anche nella tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, dato che esso risulta ancora caratterizzato da un uso intenso di fonti non rinnovabili, che determina un aumento del degrado ambientale dei luoghi di interesse storico - artistico, incidente sul cambiamento climatico.

Al fine di garantire il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali, non compromettendo la qualità della vita e le possibilità anche delle generazioni future, dunque, occorre ricorrere soltanto a strumenti tecnologici che possano promuovere un uso razionale dell'energia. Siffatto *modus operandi* è da perseguire indirizzandosi ad apparecchiature e/o impianti di miglior efficienza energetica sul piano del consumo e, inoltre, usando strumenti impositivi, di politica tariffaria, che vadano a modificare *in melius* anche il comportamento degli utenti.

Lo sviluppo di tecniche avanguardistiche sarebbe in grado di soddisfare il fabbisogno energetico - che richiede l'utilizzo di strumenti informatici come la *blockchain* - senza minare irrimediabilmente le risorse ambientali presenti, in guisa con i principi giuridici che proclamano l'azione preventiva e la correzione dei danni causati all'ambiente.

Vi è di più, infatti, non basterà soltanto un'impianistica normativa di nuova generazione ma dovranno essere predisposte tecniche gestionali - e di riflesso comportamentali - che rappresentino un approccio sintetizzante del rapporto tutela dell'ambiente, dei beni culturali e della salute umana. Orbene, da quanto esposto se ne può dedurre che le pratiche capitalistiche sinora applicate sono state in grado esclusivamente di distruggere l'ambiente e, ancor più, di influire negativamente sul clima; di conseguenza è da perseguire un approccio olistico finalizzato alla protezione del pianeta e al superamento dell'assoluto predominio delle già menzionate pratiche finanziarie sinora primeggianti.

Senza dubbio la crisi ambientale è da ritenere come una crisi di sistema e dato che la salvezza del pianeta dipende in massima parte dalla idoneità delle soluzioni - volte a contenere, se non a risolvere, le problematiche in corso - da adottare con solerzia finalizzandole al contenimento dei consumi e all'efficientamento delle risorse, così da ridimensionare il loro uso.



Valorizzare l'ambiente significa valorizzare anche il patrimonio culturale disseminato su tutto il territorio statale, significa recuperare i livelli qualitativi che si possedevano prima degli interventi antropici succedutisi nel tempo ovvero, in alcuni casi, portare la qualità della vita e dell'ecosistema a livelli anche superiori. Per prevenire un uso digitale non appropriato nel settore culturale, è doveroso altresì sancire quali siano le condizioni affinché il patrimonio venga tutelato meglio e non in maniera puramente e solamente istituzionale, ma in modo concreto e valido, ricorrendo, a tal uopo, a politiche territoriali di sviluppo sostenibile che armonizzino le impellenti necessità economiche, spesso fortemente stringenti, con una corretta fruizione ed uso dei beni; sicché, vanno previsti apparati normativi, che siano in grado di definire esiti - auspicabilmente compatibili con il cambiamento climatico in essere - adatti a realizzare una composizione equilibrata delle variabili in gioco. La trasposizione di tali indicazioni in regola giuridica è senza dubbio complessa e di difficile applicazione, soprattutto perché in tale contesto si devono adottare scelte legislative che siano espressione diretta del quadro esigenziale attuale, inabile evidentemente a tutelare l'esposizione, la conservazione nel tempo, la registrazione, la documentazione ed il restauro di ogni singolo manufatto.

Le pratiche ecologiche che si auspica vengano delineate legislativamente devono possedere una portata polivalente, dato che sono chiamate a fungere da supporto per la risoluzione della crisi in oggetto ma non possono, al tempo stesso, non tener in considerazione delle interferenze fisiche, antropiche, e delle questioni oggi correlate al concetto stesso di sostenibilità, quali: controllo dell'utilizzo del suolo, degrado assoluto dell'ecosistema, contenimento dell'urbanizzazione, perdita della biodiversità.. Per queste ragioni, le soluzioni tecnologiche devono operare solamente in modo *green*, sollecitando gli esperti a predisporre servizi informatici ecosistemici che riducono il loro l'impatto energivoro sul "capitale natura".

A tal fine, stante soprattutto «la portata ontologica e trasversale»⁹⁹ del concetto di ambiente e di "sviluppo sostenibile"¹⁰⁰, è ormai chiara l'inadeguatezza della politica di tutela ambientale

99 Questa consequenzialità tra gli aspetti tecnici e quelli normativi rende conto di quanto sia importante l'interdisciplinarietà delle competenze; è necessario, dunque, che la competenza in ambito tecnico sia sempre integrata con quella di formazione giuridica in quanto solo attraverso la lettura della documentazione normativa specifica gli operatori tecnici - e di ogni altro settore - possono maturare un'adeguata sensibilità che consente loro di effettuare scelte maggiormente conformi all'interpretazione dell'addentellato normativo.

100 Merita di essere preso in considerazione, in un'ottica di esaustività del presente lavoro, anche il nuovo progetto tecnologico posto in essere negli Scavi di Pompei. Il sito archeologico, infatti, in un'ottica di sostenibilità ambientale, ha installato dei pannelli solari che generano elettricità, salvaguardando il patrimonio architettonico e culturale. Dunque, l'antico sito si propone di essere un vero e proprio laboratorio della sostenibilità, pronto a valorizzare anche il compendio immateriale, tentando di trovare un freno all'incessante cambiamento climatico. La scelta si colloca appieno nell'idea di addivenire - attraverso l'uso dell'intelligenza artificiale - alla predisposizione di metodi non convenzionali per fornire energia in tutto l'area, senza che se ne comprometta l'aspetto e, soprattutto, evitando che si



chiusa, sinora adottata, e conseguentemente va imposta una visione che si interrelazioni con i diversi valori fondamentali e che, dal canto suo, sia in grado di conciliare due esigenze solo apparentemente opposte: ambiente e sviluppo tecnologico.

Da questo punto di vista, grazie al nuovo quadro costituzionale il rapporto tra tutela dell'ambiente e tutela del paesaggio non sono da ritenere due valori distinti ma viaggiano ed operano uno accanto all'altro. Talvolta, queste due forme di tutela - come nel caso in rassegna - possono entrare in conflitto ma il decisore politico deve favorire il compromesso, cercando di non elidere l'uno o l'altro valore tramite un'inidonea interpretazione dell'addentellato normativo. Nell'accezione di paesaggio vi rientra, al più, proprio il connotato estetico - culturale, in quanto quest'ultimo costituisce un suo profilo caratterizzante; è, dunque, quantomai opportuno il ricorso a forme di tutela contenute e meglio tarate sulla protezione dei beni culturali e dei beni paesaggistici. Tenendo conto della gerarchia di valori fissata dalla Carta costituzionale, soprattutto l'economia di mercato deve essere (ri)organizzata nel rispetto della tutela dell'ambiente e del paesaggio, in quanto solo tramite una legislazione ambientale, che operi in tal senso, sarà possibile che le imprese utilizzino la migliore tecnologia utile ad abbattere l'inquinamento o a non crearne altro. Di talché, il legislatore deve tentare di promuovere un diverso modo di fare impresa, ipotecendo la sua direzione di marcia verso una concezione naturalistica, quale riferimento per la predisposizione di una sua tutela integrale e multilivello, ricalibrata in particolare sull'ecosistema, sulla biodiversità e, soprattutto, sull'interesse a preservare le future generazioni, minacciate dal cambiamento climatico.

Ab imis, il richiamato processo di transizione digitale non può giammai prescindere da un quadro regolatorio limpido, che - dunque - non crei dubbi od incertezze, poiché fomentano unicamente il contenzioso, ragion per cui, ancor più oggigiorno bisogna « “perimetrare la cornice definitoria delle fonti di energie rinnovabili”¹⁰¹, che dovranno essere utilizzate in modo coattivo dai portali digitali, allo scopo di rispettare gli obiettivi dell'Agenda 2030 for Sustainable Development.¹⁰² Proprio in attuazione del binomio clima-energia e transizione digitale, sarà

deturpi il paesaggio. La modalità energetica a cui si è fatto ricorso è “Ahlux Itala” - già utilizzata da clienti, pubblici e privati, titolari di beni artistici od architettonici. Trattasi, in particolare, di pannelli fotovoltaici collocati su una località collinare interamente costruita con i tipici tetti rossi in terracotta; di conseguenza così la tecnologia può coesistere degnamente con il plesso artistico, senza alterarlo o deturparlo in alcun modo. Si auspica che altri adottino tale *modus operandi*, sia a livello nazionale che europeo, in quanto l'idea dei pannelli solari invisibili aiuta l'ambiente e può essere considerato, dunque, un paradigma da replicare; proprio perseguendo siffatta linea d'indagine, si preserva l'ecosistema e, quindi, anche l'uomo.

101 L. GIURATO, *Il percorso della transizione energetica: da un'economia basata sull'energia pulita alla “rivoluzione verde e transizione ecologica” del Recovery Plan*, in www.AmbienteDiritto.it, 2021.

102 Sottoscritta il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite, e approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU, l'Agenda 2030 fissa 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile



dovere addizionale del decisore politico predisporre un correlato sistema di “incentivi”, volti sia «a ridurre i costi relativi derivanti dalla produzione di energia pulita per il funzionamento della tecnologia di computazione sia, inoltre, ad agevolare l’accesso al libero mercato degli operatori economici».¹⁰³

5. Considerazioni conclusive.

È notorio che i bilanci devono sempre essere fatti alla fine di un percorso o di una esperienza, ma è pur vero che ormai risultano già passati alcuni anni dall’introduzione dell’intelligenza artificiale nel mondo dei beni culturali, e per tale ragione qualche riflessione sulla idoneità e legittimità delle scelte sinora adottate è opportuno cominciare a porla alla luce. Tuttavia, in termini certamente non definitivi, lo scrivente ha inteso rendere manifesti taluni aspetti - innanzi posti in rassegna - che possono palesemente generare (e che in realtà già generano) in futuro criticità, le quali, con adeguati interventi legislativi, risultano prevedibili ancorché non ancora risolte. Tra esse, primeggia innanzitutto l’assenza di definizioni e, ancor di più, di normative, in grado di delineare il tracciato operativo di questa nuova materia; detto inconveniente costituisce un inammissibile vuoto, su cui è necessario intervenire con solerzia. Inoltre, la sussistenza di residue e frammentarie disposizioni vigenti accresce l’incertezza giuridica, benché, nello stesso tempo, solleciti gli operatori a coadiuvare il decisore nazionale a dipingere questa tela. Risulta quantomai opportuno che la ricerca venga intrapresa immediatamente dato che, a maggior ragione, già sussistono molteplici aspetti che rendono indubbiamente complessa la completa acquisizione della «cittadinanza operativa»¹⁰⁴ da parte dell’intelligenza artificiale nell’ordinamento italiano. L’intervento del giurista, dunque, è necessario ma non può essere solitario; pertanto, l’interdisciplinarietà dovrà essere ritenuta il *file rouge* del corpus normativo da predisporre.

A ben vedere, invero, il digitale è ormai elemento consustanziale del nuovo volto della pubblica amministrazione, ma va temuto un uso smodato, e privo di limiti certi, in quanto ciò potrebbe sovvertire «l’impalcatura di regole e principi generali che guidano l’esercizio dei pubblici poteri».¹⁰⁵ L’eccessivo entusiasmo nel recepimento di detto *modus operandi* necessita

(“Sustainable Development Goals”) cui sono associati 169 traguardi (“target”), da raggiungere entro il 2030, in ambito sia ambientale, sia economico, sia sociale ed istituzionale.

103 Cfr. M. CALABRÒ - L. PERGOLIZZI, *L’insostenibile sostenibilità. Perduranti incertezze nella disciplina della realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili (nota a Cons. Stato, Sez. II, 3 novembre 2021, n. 7357)*, op. cit.

104 A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 1, 2019.

105 E. SCOTTI, *Pandemia, aiuti di stato e transizione ambientale*, in U. Malvagna, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall’efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell’economia*, Roma, 2021, 439 ss.



quantomeno di un freno che trovi la sua dimora nei dettami procedimentali e sostanziali del diritto amministrativo, oltre che nei principi costituenti.

A parer dello scrivente, seppur la strada percorsa è tale da potersi considerare degnamente avviata al processo di digitalizzazione ed anche la scelta del paradigma *blockchain* - meccanismo digitale di accessibilità universale al patrimonio culturale - rappresenta l'opzione maggiormente rispondente al principio di proporzionalità per promuovere l'uguaglianza culturale e sociale, imposta dai dettami della Costituzione, dovranno comunque essere risolti gli affannosi e angoscianti dilemmi sopraesposti¹⁰⁶. Un approccio diverso da quello che si propone potrebbe determinare una graduale e lenta assuefazione del principio di legalità e del giusto procedimento e non può certo relegarsi, in via suppletiva, alla sola giurisdizione il compito di monitorare le potenziali falle - al fine di evitarle o di contenerle - sicché bisognerebbe auspicarsi che il decisore nazionale si pronunci prontamente.

È innegabile, tuttavia, nell'analisi di detto panorama, che la riforma dell'art. 9 della Costituzione, operata dalla legge costituzionale n. 1/2022, abbia colmato un'atavica lacuna dell'ordinamento, inserendo un esplicito riferimento alla tutela dell'ambiente, delle biodiversità e dell'ecosistema, ma è un ritocco d'artista che ha una portata alquanto limitata ad oggi.

Il tenore della revisione non si rivela decisivo per la risoluzione delle politiche ambientali del futuro che si battono soprattutto con il cambiamento climatico. In detto cono di luce, l'aspetto che colpisce è l'individuazione di una pluralità di beni nuovi, la cui tutela è espressamente o implicitamente ascritta al novero del «costituzionalmente rilevante»; in particolare, il lemma polimorfico "ambiente" può essere unitariamente considerato come comprensivo di tutti gli elementi fisici, chimici, biotici e abiotici, visibili e non visibili, antropici, culturali e naturali nei quali l'uomo vive e attraverso i quali si manifesta e si evolve.

All'interno di questo macro-concetto, si colloca indubbiamente anche la tutela del patrimonio culturale, che si innesta unitamente alle altre tra le esigenze da perseguire in un'ottica di piena realizzazione e protezione del "paesaggio- ambiente".

Tuttavia, va aggiunto che la transizione ecologica non è disgiungibile da quella digitale (tanto da essere definite «transizioni gemelle»), nonostante la loro non perfetta coerenza e convergenza. L'urgenza trasformativa, dal canto suo, costituisce una spinta fondamentale che richiede di essere presa sul serio e governata, anche se non può dirsi in assoluto che sino ad oggi siano mancati sforzi regolatori preordinati a dominare l'intelligenza artificiale e i servizi digitali.

106 L. R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *Rivista Pa Persona e Amministrazione*, 2, 2020, 51-79.



Purtroppo, non si tratta, solo di cambiare ma di cambiare in modo “equo, inclusivo e sostenibile”; non è più solo una questione di *just adaptation* in senso olistico ma, al contrario, bisogna concentrarsi sulle relazioni uomo-natura; trattasi di una prospettiva che mira a rifondare la convivenza civile a partire dalla una relazione essere umano-natura, di riparare, proprio insieme a quest’ultima, i danni prodotti da un antropocentrismo pernicioso che ha ridotto ad oggetto mero ogni bene, sottoponibile a controllo e dominio addivenendosi in tal modo allo stato emergenziale in ambito ambientale e climatico.

Questa prospettiva ecologica, che si intende applicare anche per le nuove forme di tutela e valorizzazione dei beni culturali, non deve divergere da quella di sviluppo sostenibile, che auspica - talvolta fallendo - ad imporsi come *grundnorm* necessaria alla definizione di un nuovo modello di economia circolare - inclusiva. Il diritto della transizione incorpora la sostenibilità quale canone di giustizia, opera accanto all’equità e all’inclusione, entro il più ampio margine di resilienza ambientale non solo trasformativa ma soprattutto difensiva; bisogna fare uso di fonti rinnovabili onde evitare di dover «rifuggire dall’universo e dalla sua potenza».¹⁰⁷La transizione ecologica appare ancora acerba ed incerta, ma costituisce la precondizione necessaria per ogni futuro progetto umano.

La matrice estetizzante - rappresentata dai beni culturali ed artistici - è parte integrante dello svelamento costituzionale, che trova nello stesso articolo 9 della Costituzione il paradigma di una nuova visione del diritto ambientale. In questa prospettiva, dunque, l’economia circolare non va concepita soltanto come nuova accezione di produzione e consumo sostenibile ma richiede una ridefinizione di circolarità e rigeneratività, senza conseguentemente affannare e nuocere in altro modo lo stato dell’ecosistema. Questo scenario impone di riscrivere la portata ontologica del legame tra transizione economica, digitale e ambientale, dato che sino ad oggi il legislatore è parso alquanto “miope”, essendosi, di fatto, limitato a confermare in capo ai poteri pubblici il compito di elaborare ed implementare politiche ambientali vincolate esclusivamente a preservare la proiezione temporale intergenerazionale, senza considerare gli altri problemi sopramenzionati.

Il compito di una futura novella normativa, dunque, non deve essere solo quello di considerare l’equilibrio ecosistemico il fine-limite della relazione tra ambiente, cambiamento climatico e sviluppo economico - sociale, ma di imporre una protezione del paesaggio, che si declina in varie forme e dimensioni, di tipo statico oltre che dinamico, che abbia la seguente direttiva assiologica: la gestione del territorio e di tutti i suoi beni, l’antropizzazione in ogni sua flessione, nonché proprio la difesa dell’identità culturale della nazione a partire dal patrimonio tangibile e immateriale.

107 G. LEOPARDI, *Dialogo della natura e di un islandese*, in *Operette Morali*, 1827.



La nuova concezione costituzionale di ambientale, concepita come dimora giuridica polivalente, è performativa in quanto pretende di esprimere un certo modo di essere attuale della società - ormai conscia delle sue esigenze e dei suoi timori - delineando un progetto di "equilibrio ecologico", che sia capace di porre un freno effettivo alle scelte energetiche (frutto anche dell'evoluzione tecnologica) contrarie ai valori ambientali, culturali e paesaggistici.

Apertis verbis, in conclusione, il recepimento del mondo digitale anche nel settore della tutela e della valorizzazione dei beni culturali, dovrà sottostare ad un vero e proprio *dictat*: la transizione tecnologica e quella ecologica costituiscono un unico laboratorio finalizzato a rimescolare il diritto vigente in una duplice direzione: da un lato, portare a reale compimento le dette transizioni ed i grandi cambiamenti strutturali che esse portano con sé, e dall'altro, di preservare la loro "capacità di giustizia", da realizzare attraverso l'azione e l'individuazione di soluzioni concrete, in forza delle quali ridefinire i rapporti tra uomo, natura ed economia per una premiante visione politica e normativa futura.

SERVIZI PUBBLICI E CRITERI AMBIENTALI MINIMI

Laura Pergolizzi *

Abstract. Muovendo da alcune considerazioni preliminari sui servizi pubblici nel prisma delle politiche di promozione dello sviluppo sostenibile, lo studio affronta il tema dell'integrazione delle considerazioni di carattere ambientale nell'ambito del settore dei servizi pubblici locali, soffermandosi in particolare sull'esempio dei criteri ambientali minimi.

Abstract. Starting from some preliminary remarks on public services through the prism of sustainable development policies, the study addresses the issue of the integration of environmental considerations within the local public services sector, focusing on the example of minimum environmental criteria.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. I servizi pubblici nella prospettiva delle politiche di sviluppo sostenibile. - 3. Una proposta di ricerca. - 4. I criteri ambientali minimi: linee direttrici - 4.1. Aspetti funzionali, organizzativi e procedurali - 4.2. Servizi pubblici e criteri ambientali minimi: alcuni esempi - 4.2.1. Sul verde pubblico - 4.2.2. Sull'illuminazione pubblica - 4.2.3. Sul trasporto - 4.2.4. Sulla gestione dei rifiuti - 4.2.5. Sulla ristorazione collettiva - 5. Profili ricostruttivi - 6. Conclusioni.

1. Premessa

Nel corso degli ultimi anni, l'implementazione, a livello internazionale ed europeo, delle politiche ambientali e della loro integrazione sull'intero frangente dell'attività svolta dalle pubbliche amministrazioni tende a coinvolgere con sempre maggiore evidenza anche il settore dei servizi pubblici.

In particolare, l'impatto della crisi ecologica e geopolitica globale ha reso evidente la necessità di rileggere le finalità dei servizi pubblici non soltanto nella prospettiva della soddisfazione dei bisogni degli utenti nell'ottica della garanzia del benessere della collettività, ma anche della protezione degli interessi di natura ambientale e, dunque, di affrontare la



metamorfosi dei tradizionali processi produttivi¹ alla luce dei nuovi vincoli sistemici funzionali all'attuazione delle politiche ambientali².

Se i servizi pubblici offrono un'importante chiave di lettura per comprendere la *performance* del sistema sociale e produttivo del Paese³, determinandone il livello di competitività e attrattività nel contesto extranazionale⁴, i servizi pubblici locali restituiscono una puntuale rappresentazione di queste dinamiche sul piano del contesto territoriale, ricomprendendo un insieme di servizi rivolti alla comunità locale in funzione di promozione del relativo sviluppo economico e sociale⁵.

I processi produttivi dei servizi pubblici locali, laddove considerati nella prospettiva dell'urbanizzazione rapida e massiccia⁶, come fenomeno associato allo sviluppo sociale ed economico di dimensione locale⁷, e del conseguente aumento della domanda di servizi, soprattutto nelle aree delle città⁸, sollevano alcune ulteriori questioni problematiche che

1 *Il presente lavoro rientra nell'ambito del progetto di ricerca intitolato "Efficientamento energetico e green public procurement come strumenti di sviluppo economico e sostenibile" nel PON "Ricerca e innovazione" 2014-2020 su tematiche green (D.M. 1062/2021) condotto dall'A. (Ricercatrice di Diritto amministrativo) presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche, Università degli Studi di Messina.

M.S. GIANNINI, «Ambiente»: Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. Trim. di dir. pubbl.*, 1973, 1.

2 M.A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2019, 4, p. 291.

3 M.A. SANDULLI, L. VANDELLI (a cura di), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione Atti del XX Congresso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo - Roma 27 febbraio-1 marzo 2014*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 5.

4 A. ROMANO TASSONE, *Le forme di gestione dei servizi pubblici in Italia: aspetti problematici*, in M.R. SPASIANO, M. CALABRÒ (a cura di), *I servizi pubblici in Italia e Argentina: un'analisi comparata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 23-32.

5 M. DUGATO, voce *Servizi pubblici locali*, in *Enciclopedia del Diritto. I tematici*, diretto da B. G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Vol. III, *Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 1087.

6 D. WĘZIĄK-BIAŁOWOLSKA, *Quality of life in cities - Empirical evidence in comparative European perspective*, in *Cities*, 2016. N. BROOKS, K. DONAGHY, G.J. KNAAP, *The Oxford Handbook of Urban economics and planning*, Oxford University Press, 2012, p. 71: «Many local public services, whether provided by local government or by the private sector with regulation, have the character of congestible facilities, in which the quality of service degrades with the intensity of use. Examples include schools, swimming pools, and network utilities, including gas, water, land line telephone, sewage, and roads».

7 G. PAVANI, S. PROFETI, CLAUDIA TUBERTINI, *Le città collaborative ed eco-sostenibili. Strumenti per un percorso multidisciplinare*, Bologna, Il Mulino, 2023.

8 Come rilevato da R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico della città*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, I, 372: «la città ha problemi che diventano peculiari, perché in essa si creano bisogni e livelli di criticità non noti ad altri luoghi. Oltre ai problemi causati dalla connessione con altri (trasporto, telecomunicazioni, energia, ecc.), vi sono criticità ambientali e igienico sanitarie, urbanistiche e di compatibilità della viabilità di area vasta con quella interna in determinati orari, in genere bisogni e criticità dei servizi "a rete", che se non risolti determinano problemi di ordine pubblico o di sicurezza pubblica».



incidono sulle politiche ambientali⁹ e che, al contempo, investono il governo del territorio¹⁰, anche in chiave rigenerativa¹¹. Tali questioni problematiche sono sostanzialmente legate alla duplice preoccupazione che una maggiore produzione richieda un maggior uso di risorse ovvero che queste ultime possano un giorno, in conseguenza della crescita economica, essere esaurite, e che una maggiore attività economica comporti anche maggiori emissioni e rifiuti, con grave pregiudizio per la terra¹².

A tale stregua, nella decisione delle amministrazioni locali, nella sede della composizione degli interessi funzionali alla garanzia, in senso ampio, della prestazione di pubblico servizio¹³, emerge la crescente importanza che tendono ad assumere le considerazioni di natura diversa da quelle dettate dalle condizioni del mercato. Siffatta operazione implica il ripensamento degli “equilibri” esistenti, flessibilità e capacità di adattamento alle mutevoli condizioni non soltanto economiche e sociali, ma anche ambientali del tessuto urbano e la ricerca di soluzioni idonee a garantire la compatibilità tra la sostenibilità economica ed organizzativa della produzione del servizio pubblico e l’eco-compatibilità dei processi produttivi a tal scopo funzionali.

2. I servizi pubblici nella prospettiva delle politiche di sviluppo sostenibile

La ricostruzione appena proposta assume ulteriori sfumature se letta nel prisma della nozione di sviluppo sostenibile¹⁴, come avvalorata dalle Nazioni Unite sia sotto il profilo funzionale, secondo cui lo *sviluppo* si configura come *sostenibile* se soddisfa i bisogni delle generazioni presenti senza compromettere le possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri bisogni¹⁵, sia sotto il profilo strutturale, nella chiave delle triplice dimensione intesa non solo come sviluppo economico ma anche come sviluppo sociale e ambientale, nel rispetto dei diritti umani¹⁶.

9 M. L. GORY, R. WARD, S. & SHERMAN (1985). *The ecology of aging: Neighborhood satisfaction in an older population*. *The Sociological Quarterly*, 1985, 26(3), 405-418.

10 Per una ricognizione delle principali questioni interpretative legate alla nozione di governo del territorio, si rinvia a P. STELLA RICHTER, *Governo del territorio* (voce), in *Dizionario giuridico di urbanistica ed edilizia*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 95.

11 R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, pp. 237 ss.; G. GARDINI, *Alla ricerca della “città giusta”. La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it.*, 2020, 24; F. GIGLIONI, *La sostenibilità ambientale come vincolo giuridico per la rigenerazione urbana*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente*, 2020, 1, pp. 16-49; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell’urbanistica di nuova generazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

12 A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 80.

13 S. CATTANEO, *Servizi pubblici* (voce), in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 372.

14 Cfr. M. CALABRÒ, L. GIANI, *Diritto dell’ambiente*, in A. POLICE, M. R. SPASIANO, *Manuale di governo del territorio*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 260.

15 United Nations, «Our common future», 1987. Testo disponibile al sito: <https://www.are.admin.ch/are/it/home/media-e-pubblicazioni/pubblicazioni/sviluppo-sostenibile/brundtland-report.html>.

16 Agenda 2030 dell’ONU, piano d’azione per le persone, il pianeta e la prosperità. In particolare si segnala il dodicesimo obiettivo che si propone di “garantire modelli sostenibili di produzione e di



Nell'ambito dell'ordinamento europeo, il riconoscimento del principio in questione trova una disciplina sia nell'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea¹⁷, sia nell'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea¹⁸, che ne fanno esplicita menzione coerentemente con la politica dell'Unione in materia di ambiente e dei suoi principi fondanti di precauzione, dell'azione preventiva e della correzione alla fonte dei danni causati dall'inquinamento, nonché del principio «chi inquina paga»¹⁹.

Alla spinta europea all'attivazione di processi di riconversione ecologica dei processi di consumo²⁰ viene riconosciuto il merito di aver anticipato gli istituti fondamentali dell'organizzazione e dell'azione amministrativa in materia ambientale, stante la decisività dell'applicazione dei principi europei, la cui «interpretazione nell'ordinamento interno viene considerata «decisiva per la costruzione dei principi del procedimento amministrativo»²¹ ove assumere le decisioni per la tutela dell'ambiente²².

Alla luce degli aspetti fin qui trattati è possibile considerare la disciplina nazionale contenuta nel codice dell'ambiente, con particolare riferimento all'art. 3-*quater*, ai sensi del quale «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» (comma 1), e che «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» (comma 2).

consumo". Cfr. L. CHIUSI CURZI, *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk', Walking the Walk?*, in *La Comunità Internazionale*, 2016, pp. 22-49.

17 In particolare, vedi il par. 3 dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea: «3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

18 Articolo 11 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea: «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

19 A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, Cacucci, 2013.

20 S. CASSESE (a cura di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995.

21 S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

22 M. RENNA, *I principi in materia*, cit, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'ambiente*, 2012, 1-2, p. 69. Nell'ambito dell'ordinamento interno, l'art. 1 della l. n. 241/1990 richiama, tra i principi che devono essere rispettati nello svolgimento dell'attività amministrativa, quelli dell'ordinamento eurounitario, i quali vincolano non soltanto i legislatori, ma anche direttamente le pubbliche amministrazioni nazionali. Ne deriva che la violazione di questi principi da parte dell'amministrazione pubblica può portare all'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi e, pertanto, passibili di annullamento.



La norma viene poi completata da una serie di disposizioni, contenute nei commi terzo²³ e quarto²⁴, dalla cui analisi emerge come il principio in questione possa applicarsi soltanto nell'ipotesi in cui ricorrano due elementi: vi sia discrezionalità e si ravvisi un'interferenza con l'ambiente, l'uso delle risorse e il destino dell'uomo²⁵.

In sede interpretativa, lo sviluppo sostenibile viene dunque assunto come un principio «destinato a diventare la “chiave di volta” del diritto ambientale, in quanto ne riflette il carattere essenziale e, cioè, la matrice di doverosità e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future, che si configura come l'unico strumento realistico per garantire gli interessi della specie umana»²⁶.

Questa impostazione va peraltro ormai letta alla luce della riforma introdotta dalla legge costituzionale n. 1 del 2022, riguardante gli articoli 9 e 41 della Costituzione²⁷ e delle

23 Art. 3-*quater*, comma 3, d.lgs. n. 152/2006: «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».

24 Art. 3-*quater*, comma 4, d.lgs. n. 152/2006: «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».

25 Sul punto, cfr. F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, pp. 179-191. A favore di questa opzione restrittiva l'Autore invoca il riferimento, presente al comma 3 dell'art. 3-*quater*, alle risorse (ereditate, da risparmiare e da trasmettere), nonché il cenno alle dinamiche della produzione e del consumo, e il comma 4, interpretato nel senso che, «là dove parla di mantenimento del corretto funzionamento e dell'evoluzione degli ecosistemi naturali, può costituire l'appiglio per circoscrivere il principio alle ipotesi in cui l'azione dell'amministrazione (direttamente o in quanto mediazione delle aspirazioni dei privati) sia in grado di modificare negativamente i sistemi ambientali».

26 F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2010, 0.

27 In particolare, la riforma costituzionale in questione ha comportato l'inserimento nell'art. 9 di un terzo comma, secondo cui 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». Un'altra novità riguarda l'art. 41 Cost., al cui interno si inserisce la conferma esplicita degli interessi alla protezione della salute e dell'ambiente come limiti alla libertà di iniziativa economica privata, in aggiunta agli altri interessi e valori primari della persona (libertà, sicurezza e dignità umana) e alla clausola generale dell'utilità sociale già contemplati nel testo della disposizione.



conseguenti dinamiche intercorrenti tra Stato e Regioni²⁸, pubblico e privato²⁹, che animano la dialettica “sviluppo-ambiente”³⁰.

Si tratta di un’impostazione che trova una significativa conferma nel contesto delle linee di indirizzo che fanno da cornice alle misure di attuazione delle recenti misure c.d. di “ripresa” e di “resilienza” di matrice europea, adottate in occasione della pandemia da Covid-19, attraverso la sospensione del Patto di stabilità, alcuni pacchetti di sostegno economico inerenti a singoli Stati membri e per il tramite di una serie di interventi, tra i quali il *Next Generation EU* del luglio 2020, efficacemente classificati nei sei pilastri enucleati dal regolamento per il dispositivo di ripresa e resilienza³¹, tra i quali rientra quello della transizione ecologica.

Nell’ambito del PNRR italiano³² la transizione verde costituisce l’oggetto di una specifica *missione* e uno dei tre assi strategici condivisi a livello europeo. In relazione agli obiettivi di sostenibilità ambientale, particolare attenzione è riservata al settore energetico, dei servizi idrici e della gestione dei rifiuti, della mobilità sostenibile, essendo poi dedicato uno spazio specifico al tema della rigenerazione urbana, da realizzarsi anche attraverso il finanziamento di progetti aventi ad oggetto piani urbani integrati³³.

Contestualmente, nel quadro delle riforme abilitanti previste dal PNRR, tra quelle dedicate alla promozione della concorrenza rientra la complessiva revisione della disciplina generale dei servizi pubblici locali³⁴, la quale, per un verso, è ispirata a promuovere dinamiche competitive, per migliorarne l’efficienza e la qualità, per altro verso non trascura l’esigenza di garanzia della compatibilità tra la produzione del pubblico servizio, lo sviluppo e la coesione sociale e territoriale. Tale duplice indirizzo si rintraccia, di conseguenza, nella legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza), all’interno della delega al Governo in materia di servizi pubblici locali (art. 8) e nel d.lgs. n. 201/2022, recante il «Riordino della

28 M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela dell’ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un’analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 4.

29 A. MORRONE, *Fondata sull’ambiente*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 4. Per una ricostruzione dei diversi approcci con i quali è stata salutata la riforma in questione, alla luce di una prima lettura in argomento e dei possibili risvolti in ambito organizzativo, cfr. M. DE DONNO, *L’organizzazione dei poteri repubblicani di tutela dell’“integrità ecologica” del Paese: tra complessità, adattività e resilienza del sistema*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 4, e la dottrina ivi citata.

30 G. MOSCHELLA, *La tutela costituzionale dell’ambiente nella riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione: uno sguardo al ruolo delle regioni e alle prospettive di attuazione del regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, 2023, 2.

31 Regolamento UE 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza. In dottrina, cfr. G. LUCHENA, *La natura euro-statale degli interventi per uscire dalla crisi*, in U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall’efficienza alla sostenibilità*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021, p. 381.

32 In dottrina, cfr. G. PIPERATA, *PNRR e pubblica amministrazione, riforme e cambiamenti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 2, pp. 311-321.

33 Per un’analisi più dettagliata della rigenerazione urbana nel P.N.R.R., si rinvia a A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana come strategia di ripresa e resilienza*, in *Munus*, 2021, 2, p. 329.

34 S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, interesse generale, privativo e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, in *Munus*, 2022, 3.



disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica», adottato in attuazione di tale delega³⁵.

Si segnala, in tal senso, l'art. 3, comma 2, del citato d.lgs. n. 201/2022, laddove dispone che l'istituzione, la regolazione e la gestione di tali servizi «rispondono» a principi di «concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini, sviluppo sostenibile, produzione di servizi quantitativamente e qualitativamente adeguati, applicazione di tariffe orientate a costi efficienti, promozione di investimenti in innovazione tecnologica, proporzionalità e adeguatezza della durata, trasparenza sulle scelte compiute dalle amministrazioni e sui risultati delle gestioni»³⁶.

Sin da una prima lettura della norma, emerge con chiarezza che lo sviluppo sostenibile si colloca tra quei principi cardine sui quali si fondano le regole applicabili al servizio pubblico locale nella sua chiave di lettura più moderna.

3. Una proposta di ricerca

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte e relative ai legami tra sviluppo sostenibile e servizi pubblici, le riflessioni che seguono si propongono di ripercorrere una tra le traiettorie suscettibili di integrare il fenomeno dell'emersione delle considerazioni di carattere ambientale come fattore di evoluzione degli equilibri tra gli interessi sottesi alla produzione del pubblico servizio.

In particolare, si affronterà il legame, e le sue possibili dinamiche, fra le politiche in materia di servizi pubblici, il nuovo approccio alla tutela giuridica dell'ambiente e il ruolo degli appalti verdi, con particolare riferimento all'istituto dei criteri ambientali minimi.

A tal scopo, dopo una breve ricostruzione di alcuni tra gli aspetti essenziali che riguardano l'istituto dei criteri ambientali minimi nella cornice dell'emersione delle considerazioni di carattere ambientale nella materia della contrattualistica pubblica in ambito europeo ed interno, si tenterà di delineare gli aspetti essenziali dell'istituto indagato sotto il profilo

35 G. CAIA, *L'evoluzione delle norme e delle ipotesi di riforma dei servizi pubblici locali*, in R. CHIEPPA, *Prefazione*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, e analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 17.

36 La recente riforma in esame riflette la preoccupazione del legislatore di far sì che la scelta della pubblica amministrazione di affidare ad una società in *house* il servizio pubblico locale si basi anche su criteri ambientali. Nel caso in cui la prestazione in *house* superi le soglie a livello europeo, fermo restando il divieto di frazionamento artificioso dei servizi, le autorità locali e le altre autorità competenti adottano la decisione di aggiudicare il servizio sulla base di una motivazione qualificata dei motivi del mancato utilizzo del mercato ai fini di una gestione efficiente del servizio, illustrando, anche sulla base di alcuni atti e indicatori, di cui agli articoli 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 201/2022, i benefici della forma di gestione prescelta per quanto riguarda gli investimenti, la qualità del servizio, i costi dei servizi per gli utenti, l'impatto sulle finanze pubbliche, nonché gli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali passate gestioni in *house*, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche, di cui all'articolo 30 del d.lgs. n. 201/2022.



funzionale, organizzativo e procedimentale. Tali coordinate verranno dunque lette nella prospettiva dell'analisi di alcuni decreti ministeriali introduttivi di criteri ambientali minimi riguardanti servizi merceologici di interesse per la produzione di un pubblico servizio, al fine di una prima ricostruzione in chiave evolutiva delle questioni indagate.

4. I criteri ambientali minimi: linee direttrici

I criteri ambientali minimi sono oggi disciplinati dall'art. 54 del d.lgs. n. 36/2023 introduttivo della nuova disciplina in materia di contratti pubblici³⁷.

Tale istituto rappresenta oggi una delle più significative prospettive entro cui condurre l'analisi sugli appalti verdi³⁸: questi ultimi si configurano come un concetto ancora privo di una definizione unitaria sul piano giuridico³⁹, essendo stato variamente descritto come un "criterio generale"⁴⁰ cui si rifà un insieme di strumenti giuridici volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi connessi alla tutela dell'ambiente nella contrattualistica pubblica e ai quali vengono ricondotti un elemento oggettivo (inerenza alla contrattualistica pubblica) ed uno teleologico (realizzazione di obiettivi di tutela ambientale)⁴¹. In generale, nella riflessione sugli appalti verdi rientrano numerosi rilevanti temi e le problematiche generali sottese al rapporto tra sviluppo, mercato e ambiente⁴², con le specificità caratterizzanti che ne

37 L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro (Relazione al Convegno su: «Il nuovo codice degli appalti - La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?» - Roma, 27 gennaio 2023)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 12; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 1, pp. 141-161; A. LUBERTI, *La (ri)codificazione dei contratti pubblici*, in *Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni*, 2023, 1, pp. 23-30. Con particolare riferimento ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici, cfr. M. CALABRÒ, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, A. CONTIERI, A. DE SIANO, P. FORTE, M. INTERLANDI, F. LIGUORI, S. PERONGINI, A. RALLO, R. SPAGNUOLO VIGORITA, M.R. SPASIANO, M. TIBERII, *Sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023; G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2023, 3; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, p. 5 ss.; F. SAITTA, *I principi generali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023.

G. VERCILLO, *Riflessioni intorno alle ragioni e agli obiettivi della nuova riforma dei contratti pubblici*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2023, 1, pp. 229-249; F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 1, pp. 31- 63.

38 F. TIGANO, *Riflessioni in tema di appalti verdi e criteri ambientali minimi*, in G. CORSO, M. IMMORDINO (a cura di), *Studi in Onore di Filippo Salvia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

39 Commissione europea, "Appalti pubblici per un ambiente migliore", Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 16.7.2008 COM(2008) 400 definitivo, in *www.europa.eu*.

40 G. QUINTO, *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici. Storia di un difficile equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo economico*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 2020, 1.

41 AA.VV., *Art. 34*, in F. CARINGELLA (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 332.

42 V., XIMENA LAZO, *Compra pública verde y cambio climático*, Barcelona, Atelier, 2022.



determinano le stesse modalità di approccio sul piano metodologico, dell'offerta di servizi e, ancor prima, valoriale⁴³.

Nel corso degli ultimi trent'anni, si è assistito al progressivo riconoscimento, anzitutto in ambito europeo, e, di conseguenza, sul piano degli ordinamenti dei singoli Stati membri⁴⁴, dei contratti pubblici quale strumento strategico di politica economica e di sviluppo sostenibile⁴⁵.

Questo passaggio, tutt'oggi in corso, ha finora attraversato almeno cinque fasi: i) il punto di partenza è segnato dalla marcata distinzione tra assetto del mercato e tematiche ambientali: le direttive 92/50/CEE; 93/36/CEE; 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori non contenevano alcun riferimento alle variabili ambientali; ii) progressiva emersione della tematica ambientale sulla base della spinta della giurisprudenza eurounitaria, che ha avvalorato in modo sempre più marcato la tesi favorevole alla possibilità, subordinata al rispetto di alcune condizioni, di inserire i criteri ambientali nei bandi di gara⁴⁶; iii) valorizzazione, sulla base di una più incisiva opera in tal senso da parte delle Istituzioni europee⁴⁷, della tematica legata alla promozione della garanzia di tutela

43 M. MAURI, L. CARPINETI, *Il manuale degli appalti verdi*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017.

44 Cfr. C. FRANCHINI, *Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria: l'organizzazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004; Id. *La pubblica amministrazione e il diritto amministrativo tra diritto europeo e diritto globale*, in *Amministrazioneincammino.it*, 3 aprile 2019; G. SCIULLO, *L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007, 3.

45 O. HAGI KASSIM, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli "appalti verdi" nel panorama europeo e nazionale*, in *www.italiappalti.it*, 14 febbraio 2017.

46 GCUE C-513/99.

47 Cfr. Sesto Programma di Azione per l'Ambiente dell'Unione Europea (COM(2001)31); il Libro Verde sulla politica integrata relativa ai prodotti (COM(2001)68); la Comunicazione della Commissione per il Consiglio europeo di Göteborg "Sviluppo Sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile" e successive revisioni e aggiornamenti (COM(2001)264); la Comunicazione della Commissione - Verso una strategia tematica di prevenzione e riciclo dei rifiuti e successive revisioni e aggiornamenti (COM(2003)301); la Comunicazione della Commissione - Verso una strategia tematica sull'ambiente urbano e successive revisioni e aggiornamenti (COM(2004)60); la Comunicazione della Commissione - Environmental Technologies Action Plan - ETAP Incentivare le tecnologie per lo sviluppo sostenibile: piano d'azione per le tecnologie ambientali nell'Unione europea (COM(2004)38); il Primo rapporto sullo stato d'attuazione ETAP (COM(2005)16); il Progetto di Dichiarazione sui Principi guida dello Sviluppo Sostenibile (COM(2005)218); la Comunicazione della Commissione Europea sulla "Politica di coerenza per lo sviluppo" (2005); la Strategia italiana d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile delibera CIPE n.57/2002. In particolare, il GPP e la sua concreta attuazione sono illustrati all'interno dei seguenti documenti normativi: la Comunicazione della Commissione sulla Politica integrata dei prodotti - sviluppare il concetto di "ciclo di vita ambientale" (COM(2003)302); che ha invitato gli Stati membri ad adottare un Piano d'azione nazionale sul GPP entro il 2006; la Comunicazione interpretativa (COM(2001)274) "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni ambientali negli appalti", che illustra le possibilità offerte dalla normativa sugli appalti di integrare criteri ambientali nelle diverse fasi delle procedure d'acquisto. V., inoltre, Commissione Europea, *Manuale Buying Green!* (2004).



dell'ambiente nella legislazione europea sui contratti pubblici, che trova una corrispondenza nella Dir. 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi⁴⁸; iv) maggior rilievo della tematica ambientale nella legislazione europea sui contratti pubblici: le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE riservano, nel quadro delle regole sugli acquisti delle amministrazioni pubbliche, uno spazio abbastanza definito, sicché la tutela della concorrenza, non più finalizzata esclusivamente alla creazione di un mercato unico europeo degli appalti pubblici, viene indirizzata allo scopo di "realizzare un mercato unico europeo degli appalti pubblici che garantisca la realizzazione di politiche pubbliche per una crescita sostenibile"⁴⁹. A tal proposito è opportuno aprire una breve parentesi. Le direttive appena citate e, in particolare, la 2014/24/UE, si distinguono per avere inciso su quelli che efficacemente sono stati descritti come i precedenti «rapporti di forza» tra la concorrenza e una serie di valori di più o meno recente emersione⁵⁰. In via esemplificativa, vengono in questo frangente considerati, oltre l'accelerazione del *green public procurement*, anche la codificazione dell'*in house providing*, quale contributi alla valorizzazione di una lettura del principio della concorrenza nell'ambito di un contesto assai complesso di interessi pubblici⁵¹; v) fase dell'implementazione degli strumenti di politica ambientale, ulteriormente rafforzata durante la "stagione" del c.d. *Green New Deal* europeo⁵². A ben vedere, questa fase si è necessariamente rimodulata alla luce dell'esperienza connessa alla pandemia da Covid -19 e, anche in questo caso, alle gravi crisi ad essa conseguenti, che hanno condotto all'emersione della stagione della pianificazione che si traduce nell'attuazione del *Next generation EU* e nella pianificazione di ripresa e resilienza apprestata dagli Stati membri.

Nel quadro dell'evoluzione normativa che nel contesto italiano ha determinato l'emersione delle considerazioni di carattere ambientale nell'ambito della contrattualistica pubblica, l'istituto dei criteri ambientali minimi è stato oggetto delle previsioni contenute nel "*Piano per la sostenibilità ambientale dei consumi del settore della pubblica amministrazione*" (PAN GPP) del 2008, successivamente modificato dal decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 4 aprile 2013 e recentemente sostituito con decreto del 3 agosto 2023,

48 V. Considerando 5: «Conformemente all'Articolo 6 del trattato, le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente sono integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'Articolo 3 del trattato, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce dunque in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità/prezzo».

49 P. CLARIZIA, K. PECCI, *Il mercato dei contratti pubblici*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 190.

50 AA.VV., *Art. 30*, in F. CARINGELLA (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 261.

51 M. CAFAGNO, A. FARÌ, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici* (artt. 29, 30, 34, 50, 51), in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., Torino, Giappichelli, 2019, pp. 201-226.

52 V. Comunicazione 640/2019 (Green Deal Europeo); Comunicazione 2172020 (Piano d'investimenti per un'Europa sostenibile); Comunicazione 102/2020 (Una nuova strategia industriale europea).



recante “Approvazione del piano d’azione nazionale per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione 2023”; introdotto dall’art. 18 della l. n. 221/2015 recante “**Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell’uso eccessivo di risorse naturali**”⁵³; disciplinato dall’art. 34 in tema di “Criteri di sostenibilità

53 In vigore dal 2 febbraio 2016 al 18 aprile 2016, l’art. 18 (Applicazione di criteri ambientali minimi negli appalti pubblici per le forniture e negli affidamenti di servizi) della legge 221/2015 disponeva che: «1. Dopo l’articolo 68 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, è inserito il seguente: «Art. 68-bis (Applicazione di criteri ambientali minimi negli appalti pubblici per le forniture e negli affidamenti di servizi). - 1. Nell’ambito delle categorie per le quali il Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, di cui al decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 107 dell’8 maggio 2008, predisposto in attuazione dei commi 1126 e 1127 dell’articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, prevede l’adozione dei criteri ambientali minimi di cui all’articolo 2 del citato decreto 11 aprile 2008, è fatto obbligo, per le pubbliche amministrazioni, ivi incluse le centrali di committenza, di contribuire al conseguimento dei relativi obiettivi ambientali, coerenti con gli obiettivi di riduzione dei gas che alterano il clima e relativi all’uso efficiente delle risorse indicati nella comunicazione della Commissione europea “Tabella di marcia verso un’Europa efficiente nell’impiego delle risorse” [COM (2011) 571 definitivo], attraverso l’inserimento, nella documentazione di gara pertinente, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei sottoindicati decreti, relativi alle seguenti categorie di forniture e affidamenti: a) acquisto di lampade a scarica ad alta intensità, di alimentatori elettronici e di moduli a LED per illuminazione pubblica, acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica: decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 23 dicembre 2013, pubblicato nel supplemento ordinario n. 8 alla Gazzetta Ufficiale n. 18 del 23 gennaio 2014, e successivi aggiornamenti; b) attrezzature elettriche ed elettroniche d’ufficio, quali personal computer, stampanti, apparecchi multifunzione e fotocopiatrici: decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 dicembre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 13 del 17 gennaio 2014, e successivi aggiornamenti; c) servizi energetici per gli edifici - servizio di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento di edifici: decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 7 marzo 2012, pubblicato nel supplemento ordinario n. 57 alla Gazzetta Ufficiale n. 74 del 28 marzo 2012, e successivi aggiornamenti. 2. L’obbligo di cui al comma 1 si applica per almeno il 50 per cento del valore delle gare d’appalto sia sopra che sotto la soglia di rilievo comunitario previste per le seguenti categorie di forniture e affidamenti oggetto dei decreti recanti criteri ambientali minimi sottoindicati: a) affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani: allegato 1 al decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 febbraio 2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 58 dell’11 marzo 2014, e successivi aggiornamenti; b) forniture di cartucce toner e cartucce a getto di inchiostro, affidamento del servizio integrato di ritiro e fornitura di cartucce toner e a getto di inchiostro: allegato 2 al decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 febbraio 2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 58 dell’11 marzo 2014, e successivi aggiornamenti; c) affidamento del servizio di gestione del verde pubblico, per acquisto di ammendanti, di piante ornamentali, di impianti di irrigazione: decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 dicembre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 13 del 17 gennaio 2014, e successivi aggiornamenti; d) carta per copia e carta grafica: decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 4 aprile 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 102 del 3 maggio 2013, e successivi



energetica e ambientale” del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017, che ne ha affermato il carattere dell’obbligatorietà⁵⁴.

Come poc’anzi anticipato, l’ultima e recente tappa è segnata dal nuovo codice dei contratti pubblici, che si occupa di criteri ambientali minimi al suo art. 57, comma 2, mentre il primo comma della stessa norma si occupa di (“Clausole sociali del bando di gara”).

In linea con le indicazioni della legge delega⁵⁵, il citato art. 57, comma 2, dispone che: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l’inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, differenziati, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell’appalto o della concessione, con decreto

aggiornamenti; e) ristorazione collettiva e derrate alimentari: allegato 1 al decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 25 luglio 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 21 settembre 2011, e successivi aggiornamenti; f) affidamento del servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l’igiene: decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 24 maggio 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 142 del 20 giugno 2012, e successivi aggiornamenti; g) prodotti tessili: allegato 1 al decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 22 febbraio 2011, pubblicato nel supplemento ordinario n. 74 alla Gazzetta Ufficiale n. 64 del 19 marzo 2011, e successivi aggiornamenti; h) arredi per ufficio: allegato 2 al decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 22 febbraio 2011, pubblicato nel supplemento ordinario n. 74 alla Gazzetta Ufficiale n. 64 del 19 marzo 2011, e successivi aggiornamenti. 3. Il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, con proprio decreto, prevede un incremento progressivo della percentuale di cui al comma 2, relativamente ai prodotti e servizi di cui all’allegato 1 al decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 25 luglio 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 21 settembre 2011, nell’arco di cinque anni, e aggiorna l’allegato medesimo, con la possibilità di prevedere ulteriori forme di certificazione ambientale, opportunamente regolamentate. 4. L’obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica anche alle forniture di beni e servizi e agli affidamenti di lavori oggetto di ulteriori decreti ministeriali di adozione dei relativi criteri ambientali minimi. 5. Ciascun soggetto obbligato all’attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo è tenuto a pubblicare nel proprio sito internet istituzionale i bandi e i documenti di gara con le relative clausole contrattuali recanti i relativi criteri ambientali minimi, nonché l’indicazione dei soggetti aggiudicatari dell’appalto e i relativi capitolati contenenti il recepimento dei suddetti criteri ambientali minimi». 2. Dall’attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Le attività ivi previste sono svolte nell’ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già previste a legislazione vigente».

54 S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2017, 3.

55 Art. 1, co.2, lett. f, legge delega 21 giugno 2022, n. 78: «previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell’affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, in particolare attraverso la definizione di criteri ambientali minimi, da rispettare obbligatoriamente, differenziati per tipologie ed importi di appalto e valorizzati economicamente nelle procedure di affidamento». Cfr. C. CARUSO, *Infrastrutture, contratti pubblici e sostenibilità ambientale e sociale nel nuovo Codice: quid novi?*, in *Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni*, 2023, 3, p. 75.



del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto dall'articolo 130». Tali criteri, in particolare quelli premianti, «sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 108, commi 4 e 5».

Occorre, poi, ulteriormente soffermarsi sull'ultima parte dell'art. 57, comma 2, ai sensi del quale «le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica».

In riferimento alla mancata riproduzione di quanto previsto dal previgente art. 34 del d.lgs. n. 50/2016, in virtù del quale l'obbligo di introduzione dei criteri ambientali minimi avrebbe dovuto applicarsi agli affidamenti di qualunque importo relativamente alle forniture, ai servizi e ai lavori riconducibili agli ambiti individuati dal Piano d'azione, si segnala la recente, condivisibile, ricostruzione secondo la quale l'art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023 prevede che ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano le disposizioni del Codice dei contratti pubblici salvo non siano derogate dalla Parte I del libro II e, dunque, «in assenza di una diversa previsione» l'obbligo di introduzione dei criteri ambientali minimi valga altresì per i contratti di importo inferiore alle soglie stabilite dall'art. 14 del medesimo Codice⁵⁶.

4.1. Aspetti funzionali, organizzativi e procedurali

Alcune ulteriori riflessioni meritano gli aspetti funzionale, organizzativo e procedurale dei criteri ambientali minimi.

In relazione al primo aspetto, i criteri ambientali minimi riflettono la logica che risiede alla base della “cornice” degli appalti verdi, contribuendo, trasversalmente, alla funzione di emersione del “giudizio di rilevanza del valore ambientale”⁵⁷ sul piano dell'operatività di un ampio compendio di istituti giuridici della procedura ad evidenza pubblica⁵⁸.

Sul piano organizzativo, si rileva che l'elaborazione dei criteri ambientali minimi segue un iter abbastanza articolato che investe una pluralità di soggetti pubblici e privati. In particolare,

56 S. VERNILE, *Nuovo codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2023, 3.

57 G.G. GIAMMARELLI, E. CICCARESE, *Green e-procurement*, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 12-15.

58 Invero, il principio di integrazione delle politiche ambientali impone la considerazione delle esigenze di carattere ecologico anche rispetto ad attività non immediatamente funzionali alla tutela ambientale, facendo sì che “ogni intervento normativo, ogni azione amministrativa, in qualsiasi materia, in qualsiasi settore di attività, deve sempre farsi carico del problema della tutela ambientale”. M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, pp. 1-2.



tale elaborazione rientra fra i compiti assegnati al **Comitato di Gestione per l'attuazione del PAN GPP**, che si avvale di Gruppi di lavoro tecnici composti da rappresentanti ed esperti della Pubblica amministrazione e delle centrali di committenza, di enti di ricerca, di università, nonché dei referenti delle associazioni di categoria degli operatori economici del settore di riferimento. I criteri ambientali minimi, così elaborati, vengono adottati con Decreto del Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica⁵⁹.

59 I criteri ambientali minimi si riferiscono a specifiche "categorie" di forniture e affidamenti attualmente in fase di ampliamento. A marzo 2023 è stato adottato il decreto direttoriale che stabilisce la programmazione delle attività volte alla definizione dei criteri ambientali minimi preliminari all'adozione dei relativi decreti ministeriali, per l'anno 2023. Dalle informazioni fornite dalla pagina istituzionale www.gpp.mite.gov.it, al 4.02.2024, tra i criteri ambientali minimi in vigore si annoverano: Fornitura, servizio di noleggio e servizio di estensione della vita utile di arredi per interni (approvato con d.m. 23 Giugno 2022 n. 254, GURI n. 184 del 8 dicembre 2022 - in vigore dal 6 dicembre 2022); Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di progettazione di parchi giochi, la fornitura e la posa in opera di prodotti per l'arredo urbano e di arredi per gli esterni e l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria di prodotti per arredo urbano e di arredi per esterni. Adottati con d.m. 7 febbraio 2023, pubblicato nella G.U. n. 69 del 22 marzo 2022. In vigore il 20 luglio 2023; Forniture di ausili per l'incontinenza (approvato con d.m. 24 dicembre 2015, in G.U. n. 16 del 21 gennaio 2016); Forniture di calzature da lavoro non DPI e DPI, articoli e accessori in pelle (approvato con d.m. 17 maggio 2018, in G.U. n. 125 del 31 maggio 2018); Acquisto di carta per copia e carta grafica (approvato con d.m. 4 aprile 2013, in G.U. n. 102 del 3 maggio 2013); Forniture di cartucce toner e cartucce a getto di inchiostro e per l'affidamento del servizio integrato di raccolta di cartucce esauste, preparazione per il riutilizzo e fornitura di cartucce di toner e a getto di inchiostro. (approvato con d.m. 17 ottobre 2019, in G.U. n. 261 del 7 novembre 2019); Affidamento di servizi di progettazione e affidamento di lavori per interventi edilizi (approvato con d.m. 23 giugno 2022 n. 256, GURI n. 183 del 8 agosto 2022 - in vigore dal 4 dicembre 2022); Servizio di organizzazione e realizzazione di eventi (approvato con d.m. 19 ottobre 2022 n. 459, G.U. n. 282 del 2 dicembre 2022); Acquisizione di sorgenti luminose per illuminazione pubblica, l'acquisizione di apparecchi per illuminazione pubblica, l'affidamento del servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica (approvato con d.m. 27 settembre 2017, in G.U. n. 244 del 18 ottobre 2017); Servizio di illuminazione pubblica (approvato con d.m. 28 marzo 2018, in G.U. n. 98 del 28 aprile 2018); Affidamento del servizio di lavaggio industriale e noleggio di tessili e materasseria (approvato con d.m. 9 dicembre 2020 in GURI n. 2 del 4/01/2021); Affidamento del servizio di pulizia e sanificazione di edifici e ambienti ad uso civile, sanitario e per i prodotti detergenti (approvato con d.m. 51 del 29 gennaio 2021, in GURI n. 42 del 19 febbraio 2021); Decreto Correttivo n. 24 settembre 2021 del Ministero della Transizione ecologica, recante Modifica del decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 29 gennaio 2021, recante «Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione di edifici e ambienti ad uso civile, sanitario e per i prodotti detergenti». Pubblicato in G.U.R.I. n. n. 236 del 2 ottobre 2021; Affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, del servizio di pulizia e spazzamento stradale, della fornitura dei relativi veicoli e dei contenitori e sacchetti per la raccolta dei rifiuti urbani (approvato con d.m. 23 giugno 2022 n.255, GURI n. 182 del 5 agosto 2022 - in vigore dal 3 dicembre 2022); Servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari (approvato con d.m. n. 65 del 10 marzo 2020, in G.U. n.90 del 4 aprile 2020); Criteri Ambientali Minimi per gli affidamenti relativi ai servizi di ristoro e alla distribuzione di acqua di rete a fini potabili (approvato con d.m. 6 novembre 2023, in G.U. n. 282 del 2 dicembre 2023, in vigore dal 1° aprile 2024); Affidamento servizi energetici per gli edifici, servizio



Sul versante procedurale, occorre ulteriormente richiamare l'art. 83 del nuovo codice dei contratti pubblici laddove, nel dettagliare anche elementi particolari, che contraddistinguono le procedure e alcune condizioni di sviluppo, specifica come i bandi di gara e gli avvisi devono, riportare, oltre al codice identificativo gara e la durata del procedimento di gara, anche i criteri ambientali minimi, se applicabili alla procedura in forza di quanto previsto dall'art. 57, comma 2 dello stesso Codice.

Restano aperte alcune questioni interpretative sorte con riguardo alla disciplina previgente: le interpretazioni giurisprudenziali finora espresse continuano a rappresentare un utile contributo per l'esame dell'istituto.

Ad esempio, quelle che riguardano l'ipotesi di mancata conformazione dei bandi di gara ai criteri ambientali minimi. A tal proposito, si segnala la giurisprudenza amministrativa secondo la quale, per considerare correttamente integrata dai criteri ambientali minimi la *lex specialis* di gara, non sarebbe sufficiente un generico riferimento alle disposizioni vigenti, né il mancato richiamo all'interno della legge di gara potrebbe essere superato dall'occasionale rispetto dei criteri ambientali minimi nell'offerta risultata aggiudicataria⁶⁰. Ciò, tuttavia, non comporta per gli operatori economici un onere di immediata impugnazione del bando eventualmente privo del necessitato rinvio ai criteri ambientali minimi applicabili, trovando applicazione il principio secondo il quale la contestazione immediata è richiesta solo là dove le clausole del bando siano escludenti o impeditive, tali cioè da non consentire al concorrente di partecipare utilmente alla gara perché impositive di oneri manifestamente sproporzionati oppure perché rendono la partecipazione irragionevolmente difficoltosa o addirittura impossibile, imponendo condizioni negoziali eccessivamente onerose e non convenienti; diversamente, allorché la partecipazione alla gara sia comunque possibile, l'eventuale illegittimità della *lex specialis* per il mancato recepimento dei criteri ambientali minimi può essere fatta valere soltanto contestualmente agli esiti della gara⁶¹.

di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento (approvato con d.m. 7 marzo 2012, in G.U. n.74 del 28 marzo 2012); Affidamento del servizio di stampa gestita, affidamento del servizio di noleggio di stampanti e di apparecchiature multifunzione per ufficio e acquisto o il leasing di stampanti e di apparecchiature multifunzione per ufficio (approvato con d.m. 17 ottobre 2019, in G.U. n. 261 del 7 novembre 2019); Criteri Ambientali Minimi (CAM) per le forniture ed il noleggio di prodotti tessili e per il servizio di restyling e finissaggio di prodotti tessili. Adottati con d.m. 7 febbraio 2023, pubblicato nella G.U. n. 70 del 23 marzo 2023. In vigore dal 22 maggio 2023; Acquisto, leasing, locazione, noleggio di veicoli adibiti al trasporto su strada e per i servizi di trasporto pubblico terrestre, servizi speciali di trasporto passeggeri su strada (approvato con d.m. 17 giugno 2021, pubblicato in G.U.R.I. n. 157 del 2 luglio 2021); Servizio di gestione del verde pubblico e fornitura prodotti per la cura del verde (approvato con d.m. n. 63 del 10 marzo 2020, in G.U. n.90 del 4 aprile 2020).

60 Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773, in www.giustizia-amministrativa.it.

61 Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8733, cit.; Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972 in www.giustizia-amministrativa.it.



D'altra parte è stata prospettata la percorribilità di un'altra soluzione, ossia l'etero-integrazione della disciplina di gara⁶².

Si ritiene utile, inoltre, interessante ricordare alcuni passaggi di una recente vicenda processuale che trae origine dall'impugnazione, per la lamentata previsione di regole di partecipazione irragionevoli, tali da precludere la possibilità di presentazione di un'offerta congrua ed economicamente sostenibile, di un bando/disciplinare per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti di spazzamento di un Comune, nel cui ambito si lamentava che venisse fatto un riferimento generico al quadro normativo vigente dei criteri ambientali minimi di riferimento. Inoltre, tra le anomalie lamentate, figuravano: la lamentata sottostima del costo del personale; la lamentata sottostima del costo degli automezzi; il contestato costo annuo delle attrezzature da installare presso il centro di raccolta.

Il Collegio, sospendendo nelle more in via cautelare i provvedimenti impugnati, ha disposto l'espletamento della verifica, al fine di analizzare le relazioni di stima dei costi sulla scorta delle quali era stato redatto il bando/disciplinare oggetto della contestazione, e di valutare le lamentate anomalie per ciascuna voce che concorresse a determinare l'importo posto a base di gara. In particolare, il Collegio ha disposto che il Verificatore dovesse accertare se i costi fossero sottostimati «al punto da impedire all'operatore di formulare un'offerta economicamente sostenibile, e che possa essere ritenuta seria, congrua ed attendibile».

Nella sede della verifica, venivano riscontrate alcune criticità nella documentazione progettuale, tra cui, ad esempio, la differenza tra i "costi in ammortamento" considerati nel bando per gli automezzi e i costi che ottenuti a seguito dell'analisi di mercato svolta nell'ambito della verifica, e, in conclusione, la sottostima dei costi da parte del Comune.

Alla luce delle risultanze dell'istruttoria, il giudice adito ha accolto il ricorso ed ha annullato i provvedimenti impugnati. Nella sede della motivazione, viene richiamato quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale «lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume plasticamente dal terzo comma dell'art. 34»⁶³. Oltre che per gli aspetti appena evidenziati, la pronuncia in esame merita una particolare attenzione perché offre numerosi spunti di riflessione sul significativo legame che traspare tra la "sfera" della sostenibilità ambientale e quella della sostenibilità economica, che permea l'intera disciplina degli "appalti verdi".

62 Si segnala Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2022, n. 397, in www.giustizia-amministrativa.it, laddove, seppur nella sede di un *obiter dictum*, chiarisce che i criteri ambientali minimi costituiscono «prescrizioni», dunque nell'ipotesi di omesso richiamo da parte della *lex specialis*, i criteri ambientali minimi sono suscettibili di integrare quest'ultima *ab externo*, al fine di conformarla alle disposizioni di legge sovraordinate.

63 T.A.R. Campania, Salerno, 16 giugno 2023, n. 1344, in www.giustizia-amministrativa.it, nel cui ambito viene richiamata la motivazione della decisione Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972, in www.giustizia-amministrativa.it.



4.2. Servizi pubblici e criteri ambientali minimi: alcuni esempi

Le coordinate appena delineate trovano un interessante riscontro nella sede dei d.m. introduttivi di criteri ambientali minimi. Alcuni tra questi intercettano settori merceologici che rientrano nel campo oggettivo della produzione di un pubblico servizio.

Ne sono un esempio i criteri ambientali minimi inerenti al verde pubblico, all'illuminazione pubblica, al trasporto, alla gestione dei rifiuti e alla ristorazione collettiva. Seppur funzionali all'introduzione di criteri ambientali in riferimento a prestazioni estremamente eterogenee sotto il profilo oggettivo, come si tenterà di dimostrare, tali d.m. sono attraversati da vari fili conduttori che presentano alcune caratteristiche comuni sia sotto il profilo funzionale e metodologico, sia sotto il profilo delle misure organizzative e procedimentali.

4.2.1. Sul verde pubblico

I criteri ambientali minimi sul verde pubblico sono disciplinati dal d.m. n. 63 del 10 marzo 2020 sui criteri ambientali minimi relativi al settore merceologico dei "servizi urbani e al territorio", per il "servizio di gestione e manutenzione del verde pubblico e la fornitura di prodotti per la cura del verde"⁶⁴.

La finalità dichiarata è quella di «incrementare e valorizzare il patrimonio del verde pubblico, considerati i noti e importanti benefici sulla salute umana e sull'ambiente», mediante un approccio sistematico, integrato ed innovativo alla gestione del verde intesa sia come manutenzione dell'esistente e sua valorizzazione, sia come realizzazione del nuovo, applicando una logica di "sistema" con una "visione olistica" proiettata «sul lungo termine piuttosto che mirata all'immediato e alla gestione delle emergenze».

L'ambito oggettivo del d.m. dimostra di estendersi oltre la definizione dei criteri per la scelta del contraente che possieda requisiti di carattere ambientale tali da poter accedere al mercato della gestione del verde sul territorio, poiché, in alcune sue parti, sembrerebbe incidere anche del metodo.

Ciò si riscontra ad esempio in quella parte del d.m. nel quale vengono fissati i contenuti per la progettazione di nuove aree verdi e di riqualificazione e gestione di aree esistenti, specificando che «è necessario disporre di analisi del terreno, possibilmente eseguite secondo i metodi e i parametri normalizzati di prelievo e di analisi pubblicati dalla Società italiana della scienza del suolo S.I.S.S. che stabiliscono le caratteristiche fisiche e chimiche e la qualità della sostanza organica presente nel suolo oggetto di progettazione». Ancora, nel configurare «ogni opera di verde urbano» quale «frammento della complessa rete dell'«Infrastruttura verde della città», il d.m. evidenzia che «affinché tale struttura sia efficace sul piano della fornitura di servizi ecosistemici, è necessario che risponda ad un approccio "che copia" criteri e regole di natura (Nature based solution)».

64 Il servizio di manutenzione del verde pubblico è un servizio pubblico locale a rilevanza economica, così come sottolineato con deliberazione n. 6/2015 dal Comitato per lo Sviluppo del Verde Pubblico istituito presso il MATTM (Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare).



4.2.2. Sull'illuminazione pubblica

I criteri ambientali minimi in tema di illuminazione pubblica si articolano in quelli dedicati all' "Acquisizione di sorgenti luminose per illuminazione pubblica, l'affidamento del servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica" (d.m. 27 settembre 2017) e quelli per l' "affidamento del servizio di illuminazione pubblica" (d.m. 28 marzo 2018).

In entrambe le premesse ai due d.m. si specifica che i criteri ambientali minimi sono stati definiti tenendo conto «che le Amministrazioni pubbliche operano in contesti e condizioni operative molto diversi, a partire dalla disponibilità di informazioni sullo stato degli impianti e delle risorse economiche per eventuali interventi di riqualificazione" essendo peraltro riconosciuto che "gli stessi impianti possono trovarsi in situazioni molto diverse in relazione al rispetto della normativa, all'aggiornamento tecnologico ed al livello di efficienza energetica».

Soffermandosi, in questa sede, sul Servizio di Illuminazione Pubblica, quest'ultimo, ai fini del d.m. 28 marzo 2018, gode di una nozione particolarmente ampia, che comprende: la gestione degli impianti di illuminazione pubblica che, a sua volta, è costituita da: la conduzione degli impianti di illuminazione; la manutenzione ordinaria e straordinaria conservativa degli impianti di illuminazione; la verifica periodica, con cadenza prestabilita a seconda del livello prescelto degli impianti di illuminazione; ed inoltre può comprendere: la fornitura di energia elettrica per l'alimentazione degli impianti di illuminazione pubblica ed eventualmente per l'alimentazione degli impianti di segnaletica luminosa; un censimento degli impianti di illuminazione pubblica a cura del fornitore; la definizione di un progetto definitivo ovvero esecutivo degli interventi di riqualificazione dell'impianto di illuminazione pubblica e la eventuale realizzazione dei lavori previsti da un progetto esecutivo degli interventi di riqualificazione dell'impianto di illuminazione pubblica; altre attività inerenti la conduzione o la manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica aggiuntive rispetto a quanto già indicato; la gestione degli impianti di segnaletica luminosa.

Anche in questo caso, come in quello precedentemente esaminato, la definizione dei criteri per la scelta del contraente abbraccia un contenuto particolarmente ampio di istituti dell'evidenza pubblica, soffermandosi, su: oggetto e durata dell'affidamento; requisiti dei candidati; diritti umani e condizioni di lavoro; specifiche tecniche (censimento analisi energetica, valutazione degli indici prestazionali, con specifiche determinazioni in riferimento al progetto definitivo e al progetto esecutivo); criteri premianti (in riferimento al progetto definitivo e al progetto esecutivo, gestione); fornitura di energia elettrica; clausole contrattuali.

Seguono undici schede tematiche, delle quali due dedicate al censimento di livello 1 e a quello di livello 2, e nove dedicate a: indici prestazionali; conformità normativa; riqualificazione energetica; riqualificazione urbana; servizi intelligenti; livello gestazionale, progetto di fattibilità tecnico-economica; progetto definitivo; progetto esecutivo.

4.2.3. Sul trasporto



Il servizio di trasporto riceve un'attenzione nella sede del d.m. 17 giugno 2021 in materia di «Acquisto, leasing, locazione, noleggio di veicoli adibiti al trasporto su strada e per i servizi di trasporto pubblico terrestre, servizi speciali di trasporto passeggeri su strada».

Il campo oggettivo di applicazione è circoscritto alla funzione di «fornire alcune indicazioni per le stazioni appaltanti» e di «stabilire criteri ambientali minimi per: l'acquisto il *leasing*, la locazione, il noleggio di veicoli adibiti al trasporto su strada; l'acquisto di grassi ed oli lubrificanti per i veicoli adibiti al trasporto su strada; l'affidamento di servizi di trasporto pubblico terrestre, servizi speciali di trasporto passeggeri su strada; servizi di trasporto non regolare di passeggeri, di trasporti postali su strada, di trasporto colli, di consegna postale, di consegna colli e per l'acquisizione dei veicoli e dei lubrificanti nei servizi di raccolta dei rifiuti.

Come specificato dallo stesso d.m., quest'ultimo è parte integrante del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione ed è conforme alle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 4 del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 24 di attuazione della Direttiva 33/2009/CE relativa alla promozione di veicoli a ridotto impatto ambientale e a basso consumo energetico del trasporto su strada.

Occorre, a tal proposito, aprire una breve parentesi e ricordare, che ai sensi dell'art. 4, commi 2 e 4, del sopra citato d.lgs., le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori e "taluni operatori" debbono tener conto dell'impatto energetico e di taluni impatti ambientali al momento dell'acquisizione dei veicoli adibiti al trasporto su strada, tramite - appunto - l'applicazione dei criteri ambientali minimi.

Tornando all'analisi del d.m., quest'ultimo sotto il profilo strutturale contiene alcune indicazioni di carattere generale quali alcuni suggerimenti finalizzati alla valorizzazione ambientale delle esigenze di mobilità, l'elenco della normativa ambientale di riferimento, altri suggerimenti proposti alle stazioni appaltanti in relazione all'espletamento della relativa gara d'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici per l'esecuzione del contratto.

Prendendo, a scopo esemplificativo, in esame le considerazioni ambientali relative all'utilizzo e alla manutenzione dei veicoli adibiti al trasporto pubblico, contenute nel par. 4.3 del d.m., si segnala la specifica attenzione che viene dedicata alla problematica legata agli impatti ambientali in fase di esercizio dei veicoli e all'esigenza di considerare i profili legati allo stile di guida, al tipo di carburante utilizzato, al tipo di pneumatici e oli lubrificanti, alla pressione degli pneumatici e all'uso degli impianti di climatizzazione.

Una interessante caratteristica dell'impianto complessivo del d.m. risiede nella parte in cui, per un verso, si affrontano le considerazioni ambientali relative all'acquisizione dei mezzi destinati al trasporto pubblico, per altro verso si rileva che, nell'ottica di una visione più ampia delle politiche di *green public procurement*, è fondamentale adottare tutte le soluzioni e gli investimenti che rendono più efficiente il servizio di trasporto pubblico, individuate nell'ambito di appositi piani urbani del traffico e della mobilità.

4.2.4. Sulla gestione dei rifiuti

Il servizio di gestione dei rifiuti è inciso dalla disciplina dei criteri ambientali minimi dettata dal d.m. 23 giugno 2022 n.255 recante «Affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei



rifiuti urbani, del servizio di pulizia e spazzamento stradale, della fornitura dei relativi veicoli e dei contenitori e sacchetti per la raccolta dei rifiuti urbani».

Un aspetto che viene preliminarmente affrontato dal d.m. è quello del rapporto con le disposizioni dell’Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA).

Com’è noto, l’Autorità appena citata esplica la rilevante funzione di regolazione nei settori dell’energia elettrica, del gas, del sistema idrico e, da alcuni anni, anche dei rifiuti⁶⁵. Tentando di offrire una classificazione dei provvedimenti che la stessa emana nell’ambito della sua attività, si distinguono gli atti di regolazione generale, che hanno come destinatari i soggetti che operano nel settore che costituisce oggetto della regolazione, classificabili, a loro volta, in atti di regolazione tariffaria e atti di regolazione non tariffaria⁶⁶.

65 Cfr. art. 1, comma 527, l. n. 205/2017: “Al fine di migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, per garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull’intero territorio nazionale nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse, nonché di garantire l’adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea, superando così le procedure di infrazione già avviate con conseguenti benefici economici a favore degli enti locali interessati da dette procedure, sono attribuite all’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico, come ridenominata ai sensi del comma 528, con i medesimi poteri e nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, anche di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, le seguenti funzioni di regolazione e controllo, in particolare in materia di: a) emanazione di direttive per la separazione contabile e amministrativa della gestione, la valutazione dei costi delle singole prestazioni, anche ai fini della corretta disaggregazione per funzioni, per area geografica e per categorie di utenze, e definizione di indici di valutazione dell’efficienza e dell’economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi; b) definizione dei livelli di qualità dei servizi, sentiti le regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori, nonché vigilanza sulle modalità di erogazione dei servizi; c) diffusione della conoscenza e della trasparenza delle condizioni di svolgimento dei servizi a beneficio dell’utenza; d) tutela dei diritti degli utenti, anche tramite la valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati; e) definizione di schemi tipo dei contratti di servizio di cui all’articolo 203 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152; f) predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, a copertura dei costi di esercizio e di investimento, compresa la remunerazione dei capitali, sulla base della valutazione dei costi efficienti e del principio « chi inquina paga »; g) fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento; h) approvazione delle tariffe definite, ai sensi della legislazione vigente, dall’ente di governo dell’ambito territoriale ottimale per il servizio integrato e dai gestori degli impianti di trattamento; i) verifica della corretta redazione dei piani di ambito esprimendo osservazioni e rilievi; l) formulazione di proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati; m) formulazione di proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di gravi inadempienze e di non corretta applicazione; n) predisposizione di una relazione annuale alle Camere sull’attività svolta”..

66 E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell’ARERA: la loro classificazione e i riflessi sull’ambito del sindacato giurisdizionale*, 11 marzo 2019, in www.giustizia-amministrativa.it.



In particolare, secondo quanto è previsto dal d.m. le stazioni appaltanti, nell'inserire i criteri ivi contenuti nei bandi e nella documentazione di gara, dovranno tenere conto e integrare le disposizioni dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) in materia di gestione dei rifiuti urbani. Nel caso di sopravvenuti atti regolatori dell'Autorità che dovessero incidere su alcuni criteri definiti dal presente documento, «gli stessi dovranno intendersi sostituiti dalle nuove disposizioni nelle more dell'aggiornamento dello stesso»⁶⁷.

In riferimento all'ambito oggettivo di applicazione, il d.m. stabilisce i criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e per il servizio di pulizia e spazzamento.

In riferimento all'approccio metodologico, viene espressamente specificato che i criteri ambientali minimi «affrontano i diversi aspetti ambientali associati al ciclo di vita del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani del servizio di pulizia e spazzamento e connesse forniture, proponendo soluzioni che favoriscono la riduzione complessiva degli impatti ambientali correlati, tenendo in considerazione il contesto di mercato e gli attuali modelli organizzativi dei servizi di igiene urbana, nonché le specificità territoriali in cui vengono erogati».

Sotto il profilo funzionale, tali i criteri ambientali minimi sono preposti al perseguimento dei seguenti obiettivi: prevenire la produzione di rifiuti: attraverso azioni di sensibilizzazione degli utenti e la promozione dello scambio e del riuso; massimizzare la quantità e la qualità della raccolta differenziata, ponendo obiettivi sfidanti ma in linea con le disposizioni normative sull'economia circolare; diffondere beni riciclabili e contenenti materiale riciclato: attraverso l'acquisizione di contenitori e sacchetti in materiale riciclato e riciclabili e la promozione di filiere del riciclo; ridurre gli impatti del trasporto: attraverso la riduzione del peso dei rifiuti trasportati, ad esempio promuovendo il compostaggio di prossimità, ottimizzando i percorsi, promuovendo innovazioni tecnologiche per i mezzi utilizzati e la loro gestione⁶⁸.

4.2.5. Sulla ristorazione collettiva

Il servizio di ristorazione collettiva riceve uno spazio nell'ambito del d.m. 10 marzo 2020 recante "Criteri ambientali minimi per il servizio di ristorazione collettiva e la fornitura di derrate alimentari".

Tra le principali linee direttrici tracciate dal d.m. rientrano: la salvaguardia della biodiversità; la riduzione degli scarti alimentari a seconda della destinazione del servizio; la prevenzione dei rifiuti e di altri impatti lungo il ciclo di vita del servizio; la riduzione dei consumi energetici e correlate emissioni di gas climalteranti; il sostegno alle economie locali ed anche i piccoli produttori.

Quanto all'oggetto e all'ambito di applicazione, i criteri ambientali minimi dettati dal d.m. sono adottati per le derrate alimentari e per il servizio di ristorazione collettiva.

⁶⁷ Cfr. d.m. 255, 2022, cit.

⁶⁸ Cfr. d.m. 255, 2022, cit.



Sotto il profilo definitorio, le derrate alimentari vengono inquadrare come “prodotti ortofrutticoli, prodotti ittici; latte e latticini, carne e derivati; uova e altri prodotti alimentari trasformati”, il servizio di ristorazione collettiva viene inquadrato come “attività che include l’acquisto di alimenti e bevande; la preparazione dei pasti con le derrate alimentari acquistate; il trasporto e la somministrazione dei pasti; la pulizia della sala mensa, dei locali del centro cottura e delle attrezzature e stoviglie utilizzate; la gestione delle eccedenze alimentari derivanti dalla preparazione e dalla somministrazione dei pasti” (art. 2).

Il servizio di ristorazione collettiva è articolato con riferimento a tre settori: a) ristorazione scolastica; b) ristorazione per gli uffici, le università e le caserme; c) ristorazione per le strutture ospedaliere, assistenziali, socio-sanitarie e detentive (art. 1).

Quanto agli obiettivi, il d.m. si prefigge di affrontare diversi aspetti ambientali lungo il ciclo di vita dei servizi di ristorazione collettiva, dalla produzione delle derrate, alla loro distribuzione, al loro confezionamento, alla preparazione dei pasti, allo smaltimento dei rifiuti generati, proponendo soluzioni migliorative dal punto di vista ambientale lungo tutto il processo. Tali obiettivi sono stati individuati a partire dall’analisi degli impatti ambientali generati in ogni fase dell’espletamento dal servizio, tenendo in considerazione il contesto di mercato e i modelli organizzativi della ristorazione collettiva e differenziandoli a seconda dei diversi settori e utenti destinatari del servizio stesso.

L’Allegato 1 del d.m. contiene le linee guida per le stazioni appaltanti in riferimento ai criteri ambientali minimi per ciascuno singolo tipo di settore.

Un esempio emblematico dalla cui analisi è possibile evincere la logica di fondo che caratterizza l’approccio applicato al settore merceologico in esame è offerto dai “Criteri ambientali per l’affidamento del servizio di ristorazione scolastica (asili nido, scuole dell’infanzia, primarie e secondarie di primo e secondo grado)” (lett. c). In tale sede viene chiaramente articolata la sequenza delle clausole contrattuali che devono essere introdotte nella documentazione progettuale e di gara: in primo luogo, i requisiti degli alimenti, in riferimento ai quali si segnala che il decreto individua nel dettaglio la composizione dei pasti⁶⁹, introducendo ulteriori specificazioni di dettaglio in riferimento a ciascuna tipologia di

⁶⁹ Sotto il profilo di carattere generale, nel documento viene specificato che “i pasti devono essere composti da una o più porzioni tra frutta, contorno, primo e/o secondo piatto costituiti interamente da alimenti biologici (o altrimenti qualificati, ad esempio a marchio DOP, con certificazione SQNPI, SQNZ etc.) o, se previsti, da piatti unici costituiti da uno o più degli ingredienti principali biologici o altrimenti qualificati in modo tale che, per ciascuna delle categorie di alimenti sotto elencate, sia garantita su base trimestrale la somministrazione di alimenti con i seguenti requisiti: frutta, ortaggi, legumi, cereali: biologici per almeno il 50% in peso. Almeno un’ulteriore somministrazione di frutta deve essere resa, se non con frutta biologica, con frutta certificata nell’ambito del Sistema di qualità nazionale di produzione integrata o equivalenti”.



alimento⁷⁰. Inoltre, le clausole contrattuali in relazione a: verifiche documentali⁷¹, flussi informativi⁷², prevenzione e gestione delle eccedenze alimentari⁷³, formazione e aggiornamenti

70 Tanto premesso, il documento si sofferma su alcune ulteriori specificazioni di dettaglio sulle singole tipologie di prodotto, ad esempio laddove si sofferma sul tema dell'ortofrutta, la quale "non deve essere di quinta gamma e deve essere di stagione secondo il calendario di stagionalità adottato dal Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali ai sensi dell'art. 2 del decreto ministeriale 18 dicembre 2017 recante «Criteri e requisiti delle mense scolastiche biologiche» o, nelle more della relativa adozione, secondo il calendario di cui all'allegato A, oppure secondo i calendari regionali. Sono ammessi i piselli, i fagiolini, gli spinaci e la bieta surgelati e la frutta non stagionale nel mese di maggio; uova (incluse quelle pastorizzate liquide o con guscio): biologiche". Ancora un esempio: in relazione all'olio, come grasso vegetale per condimenti e cottura, «deve essere usato l'olio extravergine di oliva. Per almeno il 40% in capacità l'olio extravergine di oliva deve essere biologico. L'olio di girasole è ammesso per eventuali frittiture; altri oli vegetali possono essere usati nelle frittiture solo se idonei a detto uso alimentare ed in possesso di certificazioni riconosciute dalla Commissione Europea che ne garantiscano la sostenibilità ambientale, inclusa l'origine non da terreni ad alta biodiversità e ad elevate scorte di carbonio, così come definiti dall'art. 29 della direttiva (UE) n. 2018/2001».

71 Le stesse si svolgono a campione sulla documentazione fiscale pertinente, quale, ad esempio i documenti di trasporto o le fatture di una specifica categoria di alimenti acquistati e consegnati durante il trimestre di riferimento. Le fatture e i documenti di trasporto devono essere riconducibili esclusivamente al contratto affidato, pertanto devono riportare peso, tipo e caratteristiche (biologico, convenzionale, DOP, IGP, commercio equo e solidale, denominazione scientifica della specie ed il luogo di cattura per i prodotti ittici etc.) degli alimenti acquistati e consegnati, nonché i riferimenti della stazione appaltante o il CIG rilasciato dall'ANAC. Le verifiche in situ sono eseguite dal direttore dell'esecuzione del contratto o da altro personale appositamente indicato dalla scuola o dal comune, quali ad esempio i commissari mensa anche secondo quanto previsto dai regolamenti dei Comuni e degli enti gestori delle scuole non statali, senza preavviso e negli orari utili e nei locali rilevanti per la verifica della conformità di tutte le clausole previste nel contratto.

72 L'aggiudicatario deve fornire in tempi adeguati al direttore dell'esecuzione del contratto le informazioni relative alla somministrazione delle referenze biologiche o altrimenti qualificate (SQNPI, DOP, SQNZ, etc.) e delle specie dei prodotti ittici con relative denominazioni scientifiche che saranno offerte, affinché nei menù relativi alle settimane o al mese di riferimento possa essere resa evidenza dei prodotti biologici o altrimenti qualificati nonché delle specie ittiche che verranno somministrati nei vari pasti. Il menù, completo di tali informazioni, dovrà essere pubblicato on-line sul sito dell'istituto scolastico e del comune ed esposto in copia cartacea all'interno dell'edificio scolastico in modo tale di rendere edotta l'utenza sulle caratteristiche qualitative dei prodotti somministrati. Si applica l'art. 27 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante «Codice del consumo», nei casi di illiceità ivi previsti.

73 Per prevenire gli sprechi alimentari, il d.m. dispone, tra l'altro che «la porzionatura dei pasti deve avvenire somministrando il giusto numero di pezzi e attraverso l'uso di appropriati utensili quali mestoli, palette o schiumatole di diverse misure appropriate alle porzioni da servire in base all'età o alle diverse fasce scolastiche (scuola dell'infanzia, primaria, secondaria di primo grado) per garantire la porzione idonea con una sola presa. Per prevenire gli sprechi alimentari le pietanze devono altresì essere somministrate al giusto punto di cottura (non bruciate, né ossidate o poco cotte). Le eventuali eccedenze alimentari, distinguendo tra primi, secondi, contorni, frutta, piatto unico e tra cibo servito e non servito, devono essere calcolate almeno approssimativamente e monitorate».



professionali del personale addetto al servizio⁷⁴; prevenzione dei rifiuti e altri requisiti dei materiali e oggetti destinati al contatto diretto con gli alimenti (MOCA)⁷⁵; prevenzione e gestione dei rifiuti⁷⁶; tovaglie, tovaglioli⁷⁷ pulizie dei locali e lavaggio delle stoviglie e delle altre superfici dure; servizio di ristorazione in centro di cottura interno⁷⁸.

74 Il d.m. offre una descrizione molto dettagliata del profilo che attiene al personale. In particolare, viene previsto che «L'aggiudicatario impiega personale formato sugli argomenti previsti dalla normativa e, a seconda delle mansioni svolte, su argomenti specifici, quali: per gli addetti alla sala mensa e alla cucina: la porzionatura dei pasti, attraverso il giusto numero di pezzi e attraverso l'uso di appropriati utensili quali mestoli, palette o schiumarole di diverse misure appropriate alle porzioni da servire in base all'età o alle diverse fasce scolastiche (scuola dell'infanzia, primaria, secondaria di primo grado) per garantire la porzione idonea con una sola presa, ciò anche per prevenire gli sprechi alimentari; per gli addetti alla cucina: le tecniche di cottura per conservare i parametri originari di qualità nutrizionale e per consentire risparmi idrici ed energetici, le procedure per la minimizzazione dei consumi di acqua e di energia nella preparazione e nella conservazione dei pasti e per lo scongelamento. Verifica: entro sessanta giorni dall'inizio del servizio l'aggiudicatario deve trasmettere il programma di formazione del personale eseguito e l'elenco dei partecipanti. Analoga documentazione deve essere trasmessa per il personale assunto in corso di esecuzione contrattuale».

75 Per fare un esempio, nel d.m. viene dettagliatamente specificato che «I pasti sono somministrati e consumati in stoviglie riutilizzabili (bicchieri in vetro o in plastica dura non colorati, stoviglie, anche nelle scuole di infanzia, in ceramica o porcellana bianca e posate in acciaio inossidabile). Negli asili nido i biberon e le stoviglie riutilizzabili, inclusi bicchieri, brocche etc., possono essere in plastica dura».

76 In questo passaggio il d.m. si occupa di alcune questioni rilevanti anche ai fini della gestione dei rifiuti, dimostrando una certa sensibilità per l'applicazione del modello dell'economia circolare. Ciò emerge in particolare laddove, nel d.m. viene sottolineato che: «L'aggiudicatario deve scegliere, ove disponibili, prodotti ricaricabili o che utilizzano imballaggi «a rendere» o costituiti da materiali riciclabili, riutilizzabili, biodegradabili e compostabili o a ridotto volume. Non devono inoltre essere utilizzate le confezioni monodose (per zucchero, maionese, ketchup, senape, olio e salse da condimento, etc.) e le monoporzioni ove non altrimenti imposto ex lege oppure ove non motivato da esigenze tecniche legate a menù o a esigenze specifiche (per celiaci, etc.). La raccolta differenziata dei rifiuti e il relativo conferimento devono essere attuate coerentemente con le modalità individuate dall'amministrazione comunale competente. Gli oli e grassi alimentari esausti, in particolare, devono essere raccolti in appositi contenitori, conformi alle disposizioni ambientali vigenti in materia di recupero e smaltimento e conferiti nel rispetto della normativa ambientale vigente, vale a dire ad imprese autorizzate o nel sistema di raccolta comunale, se attivo».

77 Si segnala il passaggio del d.m. in cui viene dettagliatamente evidenziato che «Le tovaglie devono essere oleo ed idrorepellenti plastificate riutilizzabili o in tessuto conformi ai CAM per le forniture di prodotti tessili ed in possesso dei mezzi di prova ivi previsti o con il marchio di qualità ecologica Ecolabel (UE) o equivalenti etichette ambientali conformi alla UNI EN ISO 14024, o con l'etichetta Oeko-tex standard 100 o «Global Organic Textile Standard» o equivalenti.»

78 Le apparecchiature che ricadono nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) n. 1369/2017, dotate (...) di etichettatura energetica, devono appartenere alla più elevata classe di efficienza energetica disponibile sul mercato o a quella immediatamente inferiore per la rispettiva categoria di apparecchio.



Sono inoltre previsti criteri premianti, nella documentazione di gara, attribuendovi una significativa quota del punteggio tecnico complessivo: laddove la stazione appaltante utilizzi il miglior rapporto qualità prezzo ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto: segnatamente in tema di chilometro zero e filiera corta; attuazione di soluzioni per diminuire gli impatti ambientali della logistica; comunicazione, ulteriori caratteristiche ambientali e sociali dei prodotti alimentari, acquacoltura biologica, prodotti ittici di specie non a rischio, prodotti ittici freschi, verifica delle condizioni di lavoro lungo le catene di fornitura.

5. Profili ricostruttivi

I criteri ambientali minimi, anche (e forse soprattutto) in riferimento ai settori rilevanti per la produzione dei servizi pubblici, riflettono una spiccata valorizzazione dell'integrazione delle politiche ambientali con un approccio di tipo trasversale, la cui attuazione, nella specie, è produttiva di una *pluralità di effetti che possono essere declinati almeno su tre piani*: le pubbliche amministrazioni vengono orientate verso scelte di acquisto di beni e servizi a minor impatto ambientale nell'ipotesi in cui la gara riguardi i settori merceologici coinvolti; gli operatori economici vengono orientati a rimodulare il *modus operandi* funzionale alla riconversione ecologica dei processi produttivi: cosa che talora incide sul piano degli investimenti laddove richiede l'impiego di nuove risorse economiche, beni, professionalità; i privati consumatori vengono stimolati nella scelta di prodotti c.d. "ecompatibili"⁷⁹, e ciò può tradursi anche in termini di produzione di esternalità positive.

Ripercorrendo le principali tappe dell'analisi appena condotta, se l'analisi giuridica dei criteri ambientali minimi in materia di trasporti e di gestione dei rifiuti mette in particolare evidenza la stretta connessione tra le esigenze di tutela dell'ambiente e l'erogazione del servizio, quella dedicata alla gestione del verde pubblico pone ulteriormente l'accento su una prospettiva di intervento sul territorio anche per ciò che riguarda la rigenerazione urbana; i criteri ambientali minimi per il servizio di ristorazione scolastica, nell'ambito dei servizi di ristorazione collettiva, si distinguono per l'accentuata valorizzazione della conformazione del servizio in funzione delle garanzie delle generazioni future. L'illuminazione pubblica, alla luce dell'impostazione offerta dai criteri ambientali minimi, si interseca inevitabilmente con le misure a sostegno dell'efficientamento energetico e della promozione dell'uso delle energie rinnovabili.

In altri termini, le finalità dei servizi pubblici in questione non si configurano più soltanto come funzionali alla soddisfazione di determinati bisogni della collettività, ma anche alla protezione di fondamentali interessi di natura ambientale.

Sul versante organizzativo, i vari decreti ministeriali analizzati restituiscono un quadro caratterizzato dall'accentramento dei centri decisionali.

79 J. YEOW E. UYARRA, S. GEE, *Closing the loop: examining the case of the procurement of a sustainable innovation*, in *Public Procurement for Innovation*, 2015, Edward Elgar Publishing, 9, pp. 235-262.



Come già si è evidenziato, i criteri ambientali minimi vengono fissati a livello dell'amministrazione centrale ed obbligatoriamente applicati dalle amministrazioni aggiudicatrici, anche da quelle che si collocano a livello delle articolazioni locali, la cui discrezionalità viene chiaramente limitata almeno sotto il profilo dell'*an* e, come appena rilevato, alla luce dell'esempio proposto, anche sotto il profilo del *quomodo*.

Questa breve ricostruzione rievoca il tema di portata generale che riguarda la ricentralizzazione della disciplina delle procedure ad evidenza pubblica e delle questioni problematiche ad esso connesse⁸⁰.

Quando vengono svolte significative operazioni di riforma emerge puntualmente la necessità di ricentralizzare la procedura: questo parrebbe, da un lato, rappresentare una sconfitta del sistema multilivello, che presuppone il contrario. D'altra parte, però, sul piano organizzativo è emerso che l'eccessiva frammentazione delle procedure non fornisce l'efficienza e non sempre è giustificata da una ragione specifica (l'esempio del Covid ci ha offerto alcuni ulteriori spunti di riflessione in tal senso)⁸¹.

Riportando l'attenzione sui servizi pubblici locali, il processo di accentramento legato ai criteri ambientali minimi va chiaramente esaminato alla luce delle dinamiche tra autonomie locali, regioni e amministrazione statale che attraversano la materia e che sono esse stesse, di per sé, foriere di alcune implicazioni problematiche sul piano della pratica attuativa.

Sotto il profilo procedurale, si registra, così come nel vecchio codice dei contratti pubblici, anche nel nuovo codice, la prospettiva favorevole all'emersione delle considerazioni di carattere ambientale sul piano della contrattualistica pubblica, e di ciò è una dimostrazione l'affermazione dell'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi.

Il disegno complessivo appena ricostruito sembrerebbe assumere una rilevanza particolarmente accentuata laddove il settore merceologico interessato da una cornice regolatoria di criteri ambientali minimi incida in modo più o meno diretto sul piano del processo produttivo di un pubblico servizio.

Dagli esempi in questa sede proposti, si ha la sensazione che il modo di concepire i criteri ambientali minimi non sia esclusivamente suscettibile di incidere, limitandola, sulla sfera della discrezionalità della stazione appaltante nella sede della scelta del contraente, ma, altresì, sulla "sfera" della scelta organizzativa dell'attività posta in essere dall'operatore economico sia nella qualità di partecipante alla gara, ponendo alcuni determinati requisiti quale *conditio sine qua non* per collocarsi in posizione utile per aspirare all'aggiudicazione, sia nella qualità di aggiudicataria, nella sede dell'esecuzione del contratto pubblico, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della garanzia della tutela delle situazioni giuridiche soggettive connesse alla garanzia della tutela ambientale⁸².

Dunque, la domanda che ci si pone è se il controllo della garanzia della compatibilità del prodotto o del servizio realizzato con i canoni di tipo ambientale, attraverso lo strumento dei criteri ambientali minimi si è spostato anche alla fase di esecuzione. Si scorge, forse, la

80 F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, 6, pp. 1529-1551.

81 F. TIGANO, *Riflessioni in tema*, *op. cit.*

82 F. TIGANO, *Riflessioni in tema*, *op. cit.*



crescente emersione di un tipo controllo che si estende alla fase dell'esecuzione negli stessi termini di gravidanza che prima era prevalentemente attinente alla fase dell'evidenza pubblica. Almeno un primo dato che sembra fin qui emergere risiede nella tendenza a creare dei meccanismi che consentano di controllare con tecniche che sono proprie dell'istituto dei criteri ambientali minimi che cosa succede nella fase dell'esecuzione.

6. Conclusioni

Le recenti riforme dimostrano la notevole attualità che il tema dei servizi pubblici riveste nel dibattito politico e istituzionale nazionale ed europeo. Questa prospettiva viene con sempre maggiore attenzione letta alla luce dell'urgenza di rispondere alle crisi (economica, sociale e ambientale) di dimensione globale e foriere di evidenti ricadute anche sul piano della garanzia della qualità e al contempo dell'universalità del servizio pubblico.

Gli elementi fin qui raccolti offrono una proposta di approccio e un punto di partenza per una possibile lettura delle dinamiche sottese al processo evolutivo che caratterizza l'emersione delle considerazioni di carattere ambientale nel settore dei servizi pubblici. Nel caso di specie, la riflessione si è concentrata sulla possibile configurazione dei criteri ambientali minimi quale strumento funzionale a rintracciare quegli "indicatori di sostenibilità" ambientale che si rivelino più utili alla riconversione ecologica dei processi produttivi del servizio pubblico.

L'analisi dei criteri ambientali minimi fin qui condotta ha offerto numerosi elementi per riscontrare come il "rapporto" tra servizi pubblici e criteri ambientali minimi possa configurarsi quale indice (tra gli altri) di emersione delle considerazioni di carattere ambientale sul piano dei servizi pubblici.

Se, per le ragioni già esposte, i criteri ambientali minimi si prestano bene a "modellare" criteri *ad hoc* per i singoli settori merceologici, e, dunque, a configurare un "mezzo" attraverso il quale vengono destinate le risorse disponibili, fissare *standards* e obiettivi di qualità⁸³ del servizio, d'altra parte, occorre comunque prendere in considerazione il fatto che ogni località ha caratteristiche urbane e condizioni geografiche del tutto peculiari che richiedono di essere lette in funzione di tali, specifiche, caratteristiche. Occorre, inoltre, indagarne gli esiti sul piano applicativo: alcuni recenti dati statistici⁸⁴ dimostrano che tale modello inizia a ricevere alcune prime risposte positive nella sede della pratica attuativa, sebbene, ancora oggi, persista una sorta di difficoltà di adattamento delle pubbliche amministrazioni, con particolare attenzione alle amministrazioni locali, nella sede dell'applicazione della regola dell'obbligatorietà⁸⁵.

83 E. K. SARTER, *Public services and the challenge of sustainability*, in E. K. SARTER, E. COOKINGAM BAILEY (Eds.), Bristol University Press, 2023.

84 Osservatorio Appalti Verdi, Fondazione ecosistemi, Legambiente, *I numeri del green public procurement. Rapporto 2021*.

85 Questo quadro complessivo restituisce alle stazioni appaltanti margini di *discrezionalità* piuttosto ridotti. Com'è stato efficacemente osservato, il mercato degli appalti verdi tutt'oggi «fatica a "colorarsi"»



Inoltre, guardando ai vari plessi disciplinari - in materia di servizi pubblici, di contratti pubblici e ambientale - si riscontra tutt'oggi il rischio, da scongiurare, che insorga la difficoltà di coordinamento tra le varie disposizioni ivi contenute.

Le trasformazioni del servizio pubblico nella direzione del conseguimento di una effettiva compatibilità tra l'erogazione della prestazione e i "canoni" dello sviluppo sostenibile meritano di essere approfondite e contestualizzate non già isolatamente, ma nell'ambito del più ampio contesto delle dinamiche evolutive sottese all'intervento pubblico nell'economia "al tempo" della transizione ambientale⁸⁶ e del suo impatto sul piano della qualità della vita nell'ambito del contesto urbano.

Considerato l'elevato livello di responsabilità politica ed economica in gioco, è fondamentale che il legislatore si muova nella direzione di un approccio di tipo organico, non già in funzione di una rimodulazione della disposizione di dettaglio, incisiva su un singolo settore (o su una parte di esso) e suscettibile di apprestare soluzioni efficaci esclusivamente nel breve periodo, bensì in funzione della modifica strutturale dei paradigmi di consumo tradizionalmente applicati dalle pubbliche amministrazioni e dai privati in modo da adeguarli alle esigenze di carattere ambientale.

compiutamente di verde». Così F. FRACCHIA, S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, 2020, 2.

86 E. SCOTTI, *Il diritto dell'economia nella transizione ecologica*, in E. BANI, F. DI PORTO, G. LUCHENA, E. SCOTTI, *Lezioni di diritto dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2023, 227-274. In particolare cfr. p. 231, laddove l'A. pone alcune questioni sottese all'ipotesi di rileggere, il diritto ambientale come «una delle forme del diritto dell'economia, che riflette l'esigenza di limitare e orientare, attraverso le molteplici forme dell'intervento pubblico, i processi economici al fine di ricondurli nei limiti ecosistemici».



**SEZIONE SPECIALIZZATA – DIRITTO DEL LAVORO
ALI (AMBIENTE, LAVORO, IMPRESA)**



APPALTI IN AMBIENTI SOSPETTI DI INQUINAMENTO O CONFINATI E SICUREZZA SUL LAVORO

Maria Laura Picunio *

Abstract [It]: L'Autrice nel presente contributo esamina la regolamentazione contenuta nel DPR n. 177 del 2011, che afferisce al sistema di qualificazione delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi che prestino attività negli spazi sospetti di inquinamento o confinati, soffermandosi sul contenuto degli obblighi posti a carico degli appaltatori e delle imprese committenti, nell'intento di valorizzare i punti di forza e i punti critici del sistema.

Abstract [En]: The Author in this contribution examines the regulation contained in DPR No. 177 of 2011, which relates to the qualification system of contractors or self-employed workers performing activities in pollution-suspected or confined spaces, dwelling on the content of the obligations imposed on contractors and commissioning companies, with the aim of highlighting the strengths and critical points of the system.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Sistemi di qualificazione delle imprese e ruolo degli standard legati all'utilizzo della manodopera. - 3. Sull'ambito di applicazione del decreto. - 3.1. Con riferimento alla nozione di luogo confinato o ambiente sospetto di inquinamento. - 3.2. Con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione del decreto. - 3.3. Con riferimento ai rapporti a cui trova applicazione il DPR n. 177/2011. - 4. I requisiti previsti dal D.P.R. n. 177 del 2011, in particolare con riferimento a quelli gravanti sull'impresa appaltatrice. - 4.1. L'attività di formazione e informazione del personale. - 4.2. Il possesso di dispositivi di protezione individuale. - 4.3. L'attività di addestramento sull'applicazione delle procedure di sicurezza. - 4.4. Gli obblighi di disporre di personale dotato di specifica esperienza e di certificare i contratti di lavoro atipico del personale impiegato. - 4.5. Il rispetto delle disposizioni in materia di regolarità contributiva. - 4.6. L'obbligo di integrale applicazione della contrattazione collettiva di settore. - 5. Gli obblighi gravanti sul committente che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi. - 5.1. L'obbligo di informazione da parte del committente. - 5.2. La nomina del rappresentante del committente. - 6. Luci ed ombre del sistema di qualificazione delle imprese di cui al D.P.R. n. 177 del 2011.



1. Introduzione

Trascorsi ormai più di dieci anni dall'entrata in vigore del D.p.R. 14 settembre 2011, n. 177, è interessante fare il punto sulle questioni applicative connesse a tale decreto che, tutt'ora purtroppo ancora sconosciuto in molte realtà produttive, appresta una regolamentazione per svariati aspetti innovativa, quella relativa al sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi destinati ad operare nel settore degli ambienti confinati o sospetti di inquinamento, ossia in luoghi che, per le loro peculiari caratteristiche, danno luogo a particolari rischi – *in primis* quello di asfissia – per chi lavora all'interno di essi¹ e richiedono pertanto specifiche cautele in tema di sicurezza sul lavoro.

Si tratta del primo sistema di qualificazione delle imprese disciplinato ai sensi degli artt. 26 e 27 d.lgs. n. 81 del 2008: la delega contenuta nell'art. 27 del d.lgs. n. 81 del 2008, che prevede che le imprese che operino nell'ambito di appalti in alcuni specifici settori debbano rispettare determinati standard, anche con riferimento alla materia della sicurezza sul lavoro, infatti, ad eccezione della regolamentazione che qui si commenta², non ha avuto seguito.

Nel decreto sono disciplinati i requisiti che le imprese devono possedere per poter operare all'interno degli ambienti confinati o sospetti di inquinamento, anche attinenti al rispetto di obblighi relativi alla formazione e alla gestione del personale; si dà, quindi, vita ad un sistema che mira ad apprestare un'adeguata prevenzione dei rischi che possono caratterizzare le lavorazioni svolte in tali ambienti.

Nel presente elaborato si approfondirà il contenuto degli obblighi previsti dal decreto, verificando anche quale sia l'ambito di applicazione dello stesso, cercando di chiarire quando le imprese sono obbligate a possedere i requisiti in esso richiesti, nonché quali sono le tipologie contrattuali a cui il decreto si riferisce.

L'indagine sui temi enunciati ha una duplice finalità.

1 *Ricercatrice a tempo determinato, Università degli Studi di Milano

Non esiste una nozione univoca di ambiente sospetto di inquinamento o spazio confinato, posto che nella letteratura scientifica ne sono state individuate molteplici; per un maggiore approfondimento della questione v. *infra* § 3.1., ma preme subito evidenziare che oggetto di interesse, ai fini del presente contributo, è ciò che attiene ai rischi specifici che caratterizzano tali tipi di ambienti.

2 Come spesso accade per le disposizioni c.d. manifesto, l'interesse ad una regolamentazione specifica relativa alle imprese che prestano l'attività all'interno degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati qual è quella contenuta nel D.P.R. n. 177 del 2011 è stato avvertito in modo marcato in seguito ad alcuni incidenti mortali che avevano colpito l'opinione pubblica; come rileva A. ROTELLA, *Pubblicazione ed entrata in vigore del decreto sugli "spazi confinati"*, in A. ROTELLA-P. RAUSEI-M. MARIGO-U. FONZAR-M. AREZZINI, *La sicurezza del lavoro negli spazi confinati*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 1, non a caso, proprio a seguito dell'incidente avvenuto a Capua l'11 settembre 2010, che ha comportato il decesso di tre lavoratori, il Ministro del Lavoro, nell'audizione del 13 ottobre 2010, aveva preannunciato una serie di misure *ad hoc*, volte ad accrescere la sicurezza e i controlli dei lavori negli spazi confinati, dando quindi avvio ai lavori per l'emanazione del D.P.R. n. 177 del 2011.



In primo luogo, cercare di dare risposta ai dubbi sul contenuto degli obblighi derivanti dal D.P.R. che, complice la scarsa attenzione prestata da imprenditori e istituzioni alla regolamentazione *de quo*, residuano ancora. In merito a tali questioni va però sin da ora evidenziato che, come spesso avviene, anche in questo caso la permanenza di molti aspetti problematici o oscuri va attribuita, anzitutto, all'inerzia del legislatore; è sufficiente pensare, infatti, che il D.P.R. doveva costituire una regolamentazione provvisoria, o quantomeno parziale, destinata ad essere sostituita o implementata dal «*complessivo sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi*» di cui agli artt. 6, co. 8, lett. g, e 27 d.lgs. n. 81/2008, che, ad oggi, non ha ancora visto la luce.

In secondo luogo, ci si propone di dimostrare come il sistema di qualificazione delle imprese in questione possa costituire un modello esportabile anche in altri settori, al fine di migliorare la sicurezza sul lavoro nell'ambito degli appalti, che rappresenta ancor oggi uno dei settori nel quale si assiste ad un forte abbassamento degli standard legati alla sicurezza.

2. Sistemi di qualificazione delle imprese e ruolo degli standard legati all'utilizzo della manodopera

I sistemi di qualificazione delle imprese sono stati introdotti con la finalità³ di fornire, nella scelta dei contraenti, le maggiori garanzie possibili in ordine all'affidabilità e alla qualità della prestazione, con particolare riferimento alla sicurezza sul lavoro e alla tutela della salute⁴. Attraverso l'introduzione dei sistemi di qualificazione, il Testo Unico sulla salute e sicurezza ha inteso stabilire un insieme di caratteristiche che le imprese, per poter essere affidatarie di lavori da svolgere in determinati ambiti, in parte già individuati nel citato art. 27 e in parte da individuare, devono necessariamente possedere.

Invero, il legislatore del d.lgs. n. 81 del 2008, attuando la delega contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. m), della l. n. 123 del 2008, ha previsto, all'art. 27⁵, l'individuazione, con decreto del Presidente della Repubblica, dei settori e dei criteri finalizzati alla definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, con riferimento alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fondato sul possesso di specifica esperienza, competenza e

3 Nel presente contributo ci si soffermerà esclusivamente sui sistemi di qualificazione delle imprese nell'ambito degli appalti privati, mentre non sarà oggetto di specifica indagine il sistema di qualificazione delle imprese introdotto nell'ambito degli appalti pubblici, avente primariamente la finalità di selezionare gli operatori economici maggiormente affidabili, v. F. NUTI, *La qualificazione delle imprese nell'ordinamento italiano: profili comparati e spunti problematici*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2011, 1, p. 62.

4 F. NUTI, *La qualificazione delle imprese nell'ordinamento italiano*, cit., p. 61.

5 Che infatti si pone come norma di chiusura della Sezione I del Capo III, dedicato alla gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro, cfr. N. PACI, *I sistemi di qualificazione delle imprese*, in L. ZOPPOLI-P. PASCUCCI-G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori*, Ipsa, Milano, 2008, pp. 313-324.



conoscenza, acquisite anche attraverso percorsi formativi mirati, nonché sull'applicazione di determinati standard contrattuali e organizzativi nell'impiego della manodopera, anche in relazione agli appalti e alle tipologie di lavoro flessibile, certificati ai sensi del titolo VIII, capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni⁶.

La verifica del possesso di tali presupposti grava sul committente, che è chiamato ad accertare il possesso da parte dell'appaltatore dell'idoneità tecnico professionale dell'impresa. Si tratta di un esame che di norma si esaurisce – in attesa della definizione dei criteri che la Commissione Consultiva è stata delegata ad individuare – nell'acquisizione del certificato di iscrizione alla camera di commercio e dell'autocertificazione dell'impresa appaltatrice del possesso dei requisiti di idoneità tecnico professionale⁷, e in questi casi, in cui si è in presenza di lavorazioni connotate da un particolare rischio, invece, si estende al controllo sui presupposti individuati dal Decreto Presidenziale.

Gli aspetti che acquistano rilievo ai fini della qualificazione delle imprese sono, in base a quanto previsto dal T.U. sulla sicurezza sul lavoro, il possesso, da parte dell'impresa o dei lavoratori autonomi affidatari, di specifica esperienza e competenza, lo svolgimento di percorsi formativi e l'applicazione di determinati standard contrattuali e organizzativi nell'impiego della manodopera. Per ottenere tale "patentino", conseguentemente, le imprese dovranno ricevere un giudizio positivo in ordine alla loro affidabilità, giudizio che può essere fornito guardando ad una molteplicità di elementi. Vista la rilevanza degli interessi in gioco, non è, infatti, sufficiente il possesso di esperienza specifica, che dev'essere, invece, considerata unitamente ad altri fattori, tra i quali vengono annoverati, appunto, lo svolgimento di formazione specifica e l'applicazione di determinati standard contrattuali e organizzativi nell'impiego della manodopera.

L'idea che risulta sottesa all'introduzione dei sistemi di qualificazione delle imprese di cui al menzionato art. 27, infatti, è che un'efficace prevenzione presuppone un'adeguata organizzazione⁸. Sono, quindi, le imprese che possiedono una buona struttura organizzativa, che non si mostrano "improvvisate" anche dimostrando di garantire una stabilità alla propria forza lavoro – e che, non da ultimo, investono nella sicurezza – che possono offrire le maggiori

6 In realtà, come correttamente evidenziato da P. TULLINI, *Commento all'art. 27*, in P. TULLINI (a cura di), *Gestione della prevenzione*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 384, nt. 1, il rinvio al Titolo VIII, Capo I, è incompleto, posto che la disciplina della certificazione del contratto di appalto, che, come si vedrà, assume un'importanza centrale in materia, è contenuta nell'art. 85, che è collocato nel Capo II.

7 Art. 26, co. 1, lettera a), d.lgs. n. 81 del 2008.

8 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 della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2008, n. 73, p. 121. Tale osservazione spiega anche la rilevanza attribuita nell'art. 27 ad un criterio avente ad oggetto l'utilizzo di dati standard contrattuali nell'utilizzo della forza lavoro.



garanzie⁹. Tali imprese, pertanto, risultano qualificate per svolgere lavorazioni affidate in appalto nei settori caratterizzanti da una più intensa rischiosità.

Non v'è dubbio, infatti, sul fatto che l'area degli appalti dia luogo a particolari problematiche connesse alla sicurezza sul lavoro.

Il ricorso a forme di frammentazione dell'impresa, quale strumento attraverso cui limitare o escludere la responsabilità datoriale in ordine agli infortuni sul lavoro, mediante un affidamento talvolta solo formale ad un'impresa fittiziamente autonoma, e non necessariamente capiente, di parte delle lavorazioni, spesso quelle a maggior rischio, non è certo una novità¹⁰. Com'è noto, infatti, tra le prerogative di cui gode l'impresa vi è quella di esternalizzare una parte della produzione e reinternalizzarla per mezzo di contratti di appalto, ed è proprio tale operazione che ha aperto alla possibilità di esternalizzazioni "di facciata", in realtà costruite con la precipua finalità di "allungare la catena" della responsabilità datoriale. La segmentazione delle imprese, invero, rende indubbiamente più complesso risalire ai soggetti responsabili dell'inadeguata predisposizione delle misure di sicurezza, ed individuare così chi dev'essere chiamato a risponderne.

I fenomeni di esternalizzazione, anche quando genuini, hanno, inoltre, spesso ripercussioni sulle garanzie di sicurezza: se, infatti, si muove dal presupposto per cui i livelli di sicurezza dipendono dal modello di specializzazione produttivo, si comprende che l'articolazione del sistema in molteplici imprese di piccole dimensioni comporta un necessario abbassamento delle garanzie di sicurezza¹¹, tendenzialmente inferiori nelle imprese di minori dimensioni, nelle quali spesso anche le tecnologie adottate sono meno all'avanguardia¹².

Non può sottovalutarsi, poi, il fatto che, in un sistema caratterizzato da un'elevata competitività, che spesso si fonda sul meccanismo del massimo ribasso, qual è quello degli appalti, il rischio è che l'abbassamento dei costi venga perseguito anche attraverso la riduzione del costo del lavoro¹³.

9 Come affermato da M. LAI, *La sicurezza del lavoro negli appalti*, in *Riv. Inf. e Mal. Prof.*, 2011, 1, p. 48, la previsione ha la funzione di valorizzare le imprese, oltre che tecnicamente, anche "socialmente affidabili".

10 Cfr. tra i molti autori che si sono soffermati sul fenomeno, L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile - Alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1986, pp. 82 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 1, p. 4 ss.

11 P. TULLINI, *Commento all'art. 27*, in P. TULLINI (a cura di), *Gestione della prevenzione*, cit., p. 269.

12 R. REALFONZO, *Incidenti sul lavoro e sistemi produttivi arretrati*, in G. NATULLO-R. SANTUCCI, a cura di, *Ambiente e sicurezza sul lavoro Quali tutele in vista del testo unico?*, FrancoAngeli, Milano, 2008, p. 129 ss.

13 È pur vero, infatti, che l'art. 26, co. 5, d.lgs. n. 81 del 2008 mira proprio ad evitare tale eventualità nella parte in cui prevede che i costi per le misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze delle lavorazioni non sono soggetti a ribasso, tuttavia l'efficacia di tale previsione è stata spesso oggetto di critica, anche in considerazione della rigida predeterminazione dei costi che possono



Ulteriori profili problematici discendono dalla circostanza per cui spesso le lavorazioni affidate in appalto sono quelle caratterizzate da un'elevata nocività o da maggiori rischi¹⁴, ragione per la quale difficilmente personale alle dipendenze di datori di lavoro più "stabili" accetterebbe di svolgerle.

Tali considerazioni spiegano perché, nell'ambito della sicurezza sul lavoro, l'attenzione si focalizzi sui fenomeni di esternalizzazione, apprestando una tutela preventiva che si realizza attraverso la selezione delle imprese che possono operare come appaltatrici.

Con specifico riferimento al settore delle lavorazioni negli spazi confinati, poi, la scelta legislativa di introdurre proprio nel settore, per la prima volta, un sistema di qualificazione delle imprese ai sensi dell'art. 27 d.lgs. n. 27 del 2008, è tutt'altro che casuale. Come esplicitato dal Ministero del Lavoro¹⁵, infatti, si tratta di un settore in cui la pericolosità dei luoghi aumenta il pericolo di infortuni, spesso mortali o comunque da cui derivano gravi conseguenze per la salute dei lavoratori, in ragione dei rischi specifici che caratterizzano tali ambienti; a ciò si somma la circostanza d'essere uno dei settori in cui il frequente ricorso ad appalti rischia di esporre personale scarsamente preparato a pericoli per la salute.

3. Sull'ambito di applicazione del decreto

Fatta questa doverosa premessa sulla disciplina generale e sulle lodevoli finalità che essa persegue, l'analisi può spostarsi sul contenuto della specifica regolamentazione contenuta nel D.P.R. n. 177 del 2011 e sulle questioni interpretative che ad esso ineriscono, verificando anzitutto qual è l'ambito di applicazione del decreto stesso, individuando, cioè, la cornice entro cui operano gli obblighi ivi previsti, sia con riferimento ai settori di lavorazioni a cui si applica, che ai contratti e ai rapporti di lavoro che devono ritenersi assoggettati a tale regolamentazione.

3.1. Con riferimento alla nozione di luogo confinato o ambiente sospetto di inquinamento

essere computati quali *costi della sicurezza*, nonché della struttura stessa della previsione, con la quale, pur muovendo da un intento meritorio, si sembra aver dimenticato che i costi relativi alla sicurezza sono integrati, e quindi difficilmente separabili, dalle altre attività funzionali alla realizzazione dell'opera o del servizio, v. C. G. CATANOSO, *I costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso*, in *Puntosicuro*; L. ANGELINI-R. SOMMA, *I fantomatici oneri e costi per la sicurezza, in ingenio*.

14 M. TIRABOSCHI, *Lavoro atipico e ambiente di lavoro: la trasposizione in Italia della Direttiva n. 91/383/CEE*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, 3, p. 61.

15 Già prima del DPR n. 177 del 2011, infatti, il Ministero del Lavoro aveva emanato la circolare n. 42 del 2010, nella quale aveva considerato specificamente i rischi legati ad appalti aventi ad oggetto attività manutentive e di pulizia che espongono i lavoratori al rischio di asfissia o di intossicazione dovuta ad esalazione di sostanze tossiche o nocive. Il tema degli appalti e della sicurezza sul lavoro, del resto, viene considerato particolarmente critico, cfr., in tal senso, il contenuto della circolare Min. Lav. n. 5 dell'11 febbraio 2011.



Sebbene la definizione di luogo confinato o ambiente sospetto di inquinamento e la ricerca degli elementi caratterizzanti lo stesso impegnano la letteratura scientifica internazionale, che ancora non è giunta ad una definizione univoca¹⁶, nel D.P.R. n. 177 del 2011, pur specificamente dedicato alla qualificazione delle imprese che operano in tali ambienti, il legislatore non ritiene di dettare una definizione di luogo confinato o sospetto di inquinamento ai fini dell'applicazione dello stesso. Viceversa, in esso è contenuto un rinvio ad alcune norme del d.lgs. n. 81 del 2008, gli artt. 66, 121 dello stesso, e all'allegato IV, punto 3, d.lgs. n. 81 del 2008, che a loro volta elencano alcuni ambienti che, per le loro caratteristiche, vanno considerati tali¹⁷, senza dettare una definizione di portata generale.

16 Secondo la definizione dell'OSHA, *Occupational Safety and Health Administration*, «*Confined spaces - such as manholes, crawl spaces, and tanks - are not designed for continuous occupancy and are difficult to exit in the event of an emergency. People working in confined spaces face life-threatening hazards including toxic substances, electrocutions, explosions, and asphyxiation.*» Secondo ANSI/ASSE Z117.1-2009, *CONFINED SPACE* è «*An enclosed area that is large enough and so configured that an employee can bodily enter and has the following characteristics: its primary function is something other than human occupancy. And: has restricted entry and exit Contains or has the potential to contain a hazardous atmosphere; Contains a material that has the potential for engulfing the entrant; Has an internal configuration that might cause an entrant to be trapped or asphyxiated by inwardly converging walls or by a floor that slopes downward and tapers to a smaller cross section; Contains any other recognized serious safety or health hazards. In addition to the hazards posed by the design of the space, work activities can also pose serious safety hazards (heat, noise, vapors, etc.) that must be taken into account when identifying safety measures that must be taken.*»

Secondo la Safety Engineering, *Ingegneria per la sicurezza nei luoghi di lavoro*, «*L'ambiente confinato è definito come uno spazio circoscritto, caratterizzato da limitate aperture di accesso e da una ventilazione naturale sfavorevole, in cui può verificarsi un evento incidentale importante, che può portare a un infortunio grave o mortale, in presenza di agenti chimici pericolosi (ad. es. gas, vapori, polveri) o in carenza di ossigeno. Questo tipo di ambiente non è stato progettato e costruito per essere occupato in permanenza da persone, né destinato ad esserlo. Tuttavia, talvolta, può essere occupato temporaneamente per l'esecuzione di interventi lavorativi come l'ispezione, la manutenzione e la pulizia. Le attività lavorative all'interno degli ambienti confinati espongono pertanto i lavoratori ad un elevato rischio per la loro salute e sicurezza.*»; per un esame delle diverse definizioni si rinvia a A.P. BACCHETTA, *Il D.P.R. 177/2011: Dubbi interpretativi e criticità applicative a sei mesi dalla sua entrata in vigore*, in *csmb.unimore.*, p.1 e a U. FONZAR, *Lavori in spazi confinati e ambienti a sospetto di inquinamento: gestione operativa*, in *Ig. Sic. Lav.*, 2012, 1, p. 31 ss.

17 Nello specifico, l'art. 66, d.lgs. n. 81 del 2008 dispone che «*È vietato consentire l'accesso dei lavoratori in pozzi neri, fognie, camini, fosse, gallerie e in generale in ambienti e recipienti, condutture, caldaie e simili, ove sia possibile il rilascio di gas deleteri, senza che sia stata previamente accertata l'assenza di pericolo per la vita e l'integrità fisica dei lavoratori medesimi, ovvero senza previo risanamento dell'atmosfera mediante ventilazione o altri mezzi idonei*»; l'art. 121 prevede che «*Quando si eseguono lavori entro pozzi, fognie, cunicoli, camini e fosse in genere, devono essere adottate idonee misure contro i pericoli derivanti dalla presenza di gas o vapori tossici, asfissianti, infiammabili o esplosivi*» e l'allegato IV contiene il seguente ambito di applicazione «*Le tubazioni, le canalizzazioni e i recipienti, quali vasche, serbatoi e simili, in cui debbano entrare lavoratori per operazioni di controllo, riparazione, manutenzione o per altri motivi dipendenti dall'esercizio dell'impianto o dell'apparecchio*».



La questione, com'è facilmente intuibile, non è di poco conto, atteso che gli specifici e pregnanti obblighi di cui al D.P.R. graveranno esclusivamente su chi svolge attività in ambienti confinati o sospetti di inquinamento.

Veniamo, quindi, ad esaminare a quali tipi di luoghi si applica la regolamentazione in commento.

Il Testo Unico sulla sicurezza pone un elenco di determinate tipologie di ambienti, che comprende pozzi neri, fogne, camini, fosse, gallerie, pozzi, cunicoli, caratterizzate dal fatto che in essi sia possibile il rilascio di gas deleteri, cui si aggiungono tubazioni, canalizzazioni e recipienti, quali vasche, serbatoi e simili, in cui debbano entrare lavoratori per operazioni di controllo, riparazione, manutenzione o per altri motivi dipendenti dall'esercizio dell'impianto o dall'apparecchio.

Da un lato, pertanto, vengono considerati a rischio ambienti che non necessariamente, in base alle definizioni della letteratura scientifica, sarebbero qualificati quali *confined spaces*¹⁸; basti pensare che secondo alcune definizioni sono da ritenersi tali solo quelli che presentano vie di entrata e uscita limitate, mentre nella definizione legislativa devono intendersi compresi anche ambienti più ampi, come le vasche aperte. Scelta, del resto, comprensibile, considerato che anche in tali ambienti sussiste il rischio che vapori o gas si sprigionino, provocando gravi pericoli per la salute del lavoratore.

Dall'altro lato, e all'opposto, il legislatore non pone una norma di chiusura che valga a riferire la regolamentazione in questione a tutti gli ambienti che presentano i rischi tipici degli spazi confinati, come avrebbe potuto fare richiamando le caratteristiche che usualmente vengono apprezzate: apertura d'ingresso e di uscita limitata, funzione primaria diversa dalla frequentazione umana, inadeguata ventilazione naturale, progettazione che esclude una presenza umana continua, presenza di una potenziale atmosfera tossica o pericolosa.

Ancora, un ulteriore limite dell'elencazione operata dal legislatore dipende dal fatto che spesso l'incidenza dei rischi per la salute risulta connessa alle caratteristiche del singolo ambiente, nonché del materiale lavorato o contenuto al suo interno¹⁹; sarebbe auspicabile, quindi, un accertamento fattuale, da svolgere di volta in volta, per comprendere la necessità di assoggettare o meno a particolari cautele le lavorazioni da svolgere nei diversi luoghi²⁰.

Se però si tiene in considerazione il dato testuale della norma, essa si limita a rinviare alle disposizioni del d.lgs. n. 81/2008, non potendosi ritenere sufficiente a giungere ad opposte

18 In senso critico su tale aspetto A. ROTELLA, *Publicato il decreto sugli "spazi confinati"*, in *Ig. sic. lav.*, 2011, XII, p. 809 ss.

19 Cfr. la classificazione operata dal NIOSH ((National Institute for Occupational Safety and Health) che classifica gli ambienti in tre categorie (A, B, C) in base al livello di rischio.

20 In particolare, sull'importanza di una siffatta valutazione, A. ROTELLA, *Spazi confinati: accento sulle misure di prevenzione*, in *Ig. sic. lav.*, 2017, I, p. 22 ss.



conclusioni il riferimento agli “*ambienti sospetti di inquinamento o confinati*” di cui all’art. 1, comma 1 del Decreto, atteso il rinvio alle norme del Testo Unico contenuto subito appresso, al secondo comma della medesima disposizione²¹. Non sembra, pertanto, possibile giungere, in via interpretativa, ad un allargamento dell’ambito di applicazione del Decreto, che viceversa andrà individuato solo per mezzo del rinvio alle norme di riferimento contenute nel d.lgs. n. 81 del 2008²². Invero, è necessario tenere a mente il fatto che si tratta di prescrizioni la cui violazione integra una fattispecie di reato contravvenzionale, di modo che un’interpretazione estensiva rischierebbe di violare i principi di tipicità e tassatività²³.

Deve, conclusivamente, ritenersi che l’area di obbligatorietà delle disposizioni del D.P.R. sia circoscritta alle imprese e ai lavoratori autonomi destinati ad operare all’interno degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati così come individuati dal T.U. del 2008, fermo restando che nulla osta a che un’azienda che si trovi in una situazione dubbia possa decidere di conformarsi alle prescrizioni del D.P.R. n. 177/2011.

3.2. Con riferimento all’ambito soggettivo di applicazione del decreto

Definito l’ambito di applicazione del D.P.R. n. 177/2011 con riferimento alla nozione di ambiente confinato o sospetto di inquinamento, è necessario delineare l’ambito “soggettivo” entro cui le norme del decreto devono operare.

Per farlo occorre muovere dalle disposizioni sulla cui base è stato emanato il decreto, e quindi dagli artt. 26 e 27 del d.lgs. n. 81/2008.

Come si è visto, tali disposizioni introducono un “sistema di qualificazione delle imprese”, attraverso cui il datore di lavoro che voglia affidare a terzi lavori, servizi o forniture, sia posto in condizione di verificare l’idoneità tecnico professionale dei soggetti affidatari. Sulla portata delle citate disposizioni ci si è già soffermati, ma è importante evidenziare, ai fini della soluzione di tali questioni preliminari, che l’art. 26 appena menzionato prende in

21 Deve però darsi conto del fatto che, con riferimento all’applicazione estensiva di altre norme in materia di sicurezza sul lavoro, è stato proposto di attribuire prevalenza al principio di effettività, anche trascendendo il dato letterale delle norme, considerando piuttosto l’eventuale comunanza di situazioni diverse rispetto al rischio effettivo; così P. TULLINI, *Commento all’art. 26*, cit., p. 272, con riferimento all’applicazione dell’art. 26 anche a fattispecie diverse dai contratti espressamente menzionati, ma in cui si ravvisino rischi assimilabili a quelli presenti nelle fattispecie contemplate

22 Così anche L. DI DONATO, M. PIROZZI, C. CONSOLE, L. RICCIARDI, F. CASSANDRA, E. D’ALESSANDRI, D. FREDA, *Ambienti confinati e/o sospetti di inquinamento e assimilabili. Aspetti legislativi e caratterizzazione*, Pubblicazioni Inail, Milano, 2020, p. 1.

23 Corte cost. 29 maggio 2019, n. 134, in *Foro it.*, 2019, 7-8, I, 2217, che ricorda che «è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di “conoscere”, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata» (sentenza n. 121 del 2018)».



considerazione tre figure: il datore di lavoro, soggetto committente, l'impresa appaltatrice e il lavoratore autonomo.

Coerentemente, il D.P.R. n. 177/2011 richiama le stesse figure nella parte in cui individua il proprio campo di applicazione²⁴; il richiamo, in altra norma di dettaglio, l'art. 2, co. 2, alla figura del subappalto conferma e non contraddice quanto detto, considerato che tale contratto non è altro che una sottospecie dell'appalto²⁵.

I soggetti tenuti all'applicazione del Regolamento, sono, di conseguenza, i datori di lavoro - committente, da un lato, e, dall'altro, le imprese e i lavoratori autonomi che ricevano l'affidamento di lavori da svolgere all'interno di ambienti confinati o sospetti di inquinamento.

Devono, pertanto, ritenersi estranei al campo di applicazione i dipendenti diretti dei datori di lavoro²⁶. Adottando un'interpretazione strettamente letterale, che già si anticipa sia da escludere, andrebbero esclusi anche i soggetti che non sono datori di lavoro, non avendo alle proprie dipendenze dipendenti diretti, ma che affidano a terzi lo svolgimento di opere o servizi²⁷.

Quanto alla prima limitazione, in relazione alla quale sembra difficile poter superare il dato letterale della norma²⁸, anche considerando il divieto di interpretazione estensiva già rammentato, si è forse persa l'occasione per estendere importanti tutele, posto che il D.P.R. n.

24 In particolare, il riferimento è all'art. 1, co. 2, secondo cui «Le disposizioni di cui agli articoli 2, comma 2, e 3, commi 1 e 2, operano unicamente in caso di affidamento da parte del datore di lavoro di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda o di una singola unità produttiva della stessa».

25 N. CENTOFANTI-S. FAVAGROSSA-P. CENTOFANTI, *Il subappalto*, Cedam, Padova, 2012.

26 Si deve però dar conto della pur autorevole diversa interpretazione del Ministero del Lavoro, Min. Lav., nota 27 giugno 2013, n. 11649 – Vigilanza nel settore degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati. Applicazione dell'art. 2, comma 1, lett. C) del D.P.R. n. 177 del 14/09/2011, secondo cui «la restante parte del D.p.r. n. 177/2011 è applicabile anche a chi svolge i lavori in ambienti confinati o sospetti di inquinamento senza ricorso ad appaltatori o a lavoratori autonomi esterni», sposata anche dalle linee guida del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, G. FEDE-S. BERGAGNIN-L. VIENNI, *Linee di indirizzo per la gestione dei rischi derivanti dai lavori in ambienti confinati o a rischio di inquinamento*, in *cui*, 2020, p. 8.

27 Così, è stato da subito evidenziato che anche soggetti privati, che non hanno alle loro dipendenze lavoratori, possono richiedere di effettuare lavori all'interno di spazi confinati, come avviene per le operazioni di manutenzione all'interno della fossa *imhoff* di un condominio che non abbia lavoratori alle proprie dipendenze, ovvero in una piscina di un privato cittadino, cfr. A. ROTELLA, *Pubblicazione ed entrata in vigore del decreto sugli "spazi confinati"*, cit., p. 6.

28 Alcune delle norme del DPR, per la loro formulazione, potrebbero indurre confusione: così l'art. 2, che afferma che «qualsiasi attività lavorativa nel settore degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati può essere svolta unicamente da imprese o lavoratori autonomi qualificati in ragione del possesso dei seguenti requisiti», senza rammentare il fatto che l'ambito di applicazione dello stesso deve intendersi riferito alle sole fattispecie in cui l'impresa opera nell'ambito di un contratto di appalto; tale disposizione, tuttavia, dev'essere letta in combinato con le altre citate, e riportata, quindi, nell'alveo di applicazione del DPR.



177 del 2011 è l'unica disposizione che, ad oggi²⁹, prevede l'obbligatorietà dei corsi di formazione specifica in materia di sicurezza all'interno degli spazi confinati; invero a tali tipi di ambienti si fa riferimento nel decreto d.lgs. n. 81 del 2008 al solo fine di individuare alcune specifiche procedure di sicurezza per chi effettua l'accesso in quei luoghi. Deve però considerarsi quella che è la cornice nel cui ambito è stata posta questa specifica regolamentazione, il sistema di qualificazione delle imprese, che per sua natura trova applicazione nel caso di affidamento a terzi dei lavori. Se, quindi, una critica può essere mossa al legislatore, è quella di non aver riprodotto alcune delle regole previste nel DPR n. 177 del 2011 nel Testo Unico sulla sicurezza, rendendole obbligatorie a prescindere dalla tipologia contrattuale di riferimento³⁰.

Con riferimento, invece, al soggetto committente, sembra possibile ricavare interpretativamente un allargamento dell'ambito di applicazione del decreto.

Anche in questo caso, infatti, sembra corretto rinviare al d.lgs. n. 81 del 2008, ed in particolare alle definizioni che esso detta: ecco, quindi, che si assiste ad un allargamento della nozione del datore di lavoro, che ricomprende, oltre al soggetto titolare del rapporto di lavoro, tutti i soggetti che hanno la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercitano i poteri decisionali e di spesa³¹. Così come viene riconosciuta la responsabilità per *culpa in eligendo* dei committenti che non abbiano alle proprie dirette dipendenze lavoratori³² nelle ipotesi in cui nella scelta dell'appaltatore non siano state adeguatamente valutate le caratteristiche di questi, nonostante l'art. 26 d.lgs. n. 81 del 2008, faccia anch'esso riferimento alla figura del "datore di lavoro", deve ritenersi che anche il DPR n. 177 del 2011 trovi applicazione nei confronti di tali soggetti³³.

Ed invero tale lettura sembra rispondere assai meglio alla *ratio* sottesa all'introduzione della disciplina in commento: se, infatti, essa ha la finalità di selezionare i soggetti che possono

29 Va detto, infatti, che nonostante il d.lgs. n. 81 del 2008 sia stato di recente interessato da una significativa modifica, operata con il d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, conv. con modificazioni in l. n. 215 del 2021, non sono state portate innovazioni, nemmeno in quell'occasione, rispetto alla regolamentazione relativa ai lavori da svolgere in spazi confinati.

30 A ben vedere, l'inerzia del legislatore in questo caso non appare troppo grave, considerando che nella maggior parte dei casi questo tipo di lavorazioni viene affidato in appalto, e che, pertanto, inserire delle regole vincolanti per gli appaltatori finisce per renderle obbligatorie per la generalità delle imprese che di esse si occupano.

31 Cfr. art. 2 d.lgs. n. 81 del 2008.

32 L'ipotesi tipica è quella della responsabilità del condominio ed eventualmente del suo amministratore, cfr. Cass. pen., 20 ottobre 2020, n. 10136; Cass. pen., 18 dicembre 2019, n. 5946; Cass. pen., 02 febbraio 2017, n. 43452, tutte in *Banca Dati De Jure*.

33 *Contra*, ma per vero senza dedicare uno specifico approfondimento al problema, F. FAGGIN-F. MARITAN-M. ROSSATO, *Il rappresentante del DDL per le attività in spazi confinati: un nuovo coordinatore per la sicurezza?*, in *Ig. Sic. Lav.*, 2019, II, p. 80.



svolgere le attività nell'ambito di contratti di appalto, escludere dalla sua applicazione chi non ha lavoratori alle proprie dirette dipendenze, ma ugualmente appalta opere o servizi, ridurrebbe ingiustificatamente la platea dei soggetti protetti, in presenza, però, di una situazione di eguale bisogno degli stessi.

3.3. Con riferimento ai rapporti a cui trova applicazione il DPR n. 177/2011

Un'ulteriore questione attiene, poi, alle tipologie di rapporti soggetti all'applicazione del D.P.R. n. 177 del 2011.

In particolare, si pone il problema dei contratti che non sono contratti di appalto ma che, come il contratto di appalto, determinano una dissociazione tra beneficiario finale delle prestazioni e soggetto che esercita i poteri datoriali. Tra questi, menzionando i più noti, i contratti di subfornitura, di nolo a caldo e di fornitura con posa in opera. Si tratta di contratti diversi dal contratto di appalto³⁴, cui espressamente fa riferimento il D.P.R. n. 177 del 2011, e, tuttavia, di contratti che sono stati assimilati ad esso, per certi versi, dalla giurisprudenza³⁵ in ragione del fatto che sussiste una sovrapponibile esigenza di protezione dei lavoratori che vengono impiegati al loro interno.

Sebbene, quindi, il D.P.R. n. 177 del 2011 faccia espressamente riferimento al solo contratto di appalto, l'opera di assimilazione compiuta dalla giurisprudenza potrebbe portare a ritenere che, pur in difetto di un'espressa previsione normativa, le regole previste per il contratto di

34 Anche se va detto che, con riferimento al contratto di subfornitura, è stato da taluni avanzata l'ipotesi interpretativa per cui sarebbe da considerare come sottospecie dell'appalto, così, A. MUSSO, *La subfornitura. Titolo III dei singoli contratti. Supplemento legge 18 giugno 1998, n. 192*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2003, p. 65; in giurisprudenza, Cass. 29 maggio 2008, n. 14431, in *Banca Dati De Jure*. Sul tema, ma prima che si affermasse l'attuale indirizzo giurisprudenziale, il Ministero del Lavoro evidenziava la diversità tra il contratto di nolo a caldo e il contratto di appalto, cfr. Ministero del Lavoro, risposta a Interpello 27 gennaio 2012, n. 2.

35 Ci si riferisce alle note pronunce relative all'applicazione dell'art. 29 d.lgs. n. 276 del 2003 in materia di appalti, della Corte costituzionale e della Cassazione: C. cost., 6 dicembre 2017, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 242, con nota di I. ALVINO, *Appalto, subfornitura, lavoro indiretto: la Corte costituzionale amplia l'ambito di applicazione della responsabilità solidale*; in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 611, nota di M. DEL FRATE, *La Corte costituzionale sull'applicabilità della responsabilità solidale alla subfornitura: condivisibile il risultato ma non il metodo*; in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, p. 298, nota di G. CALVELLINI, *La responsabilità solidale al di là dei confini dell'appalto, fino alla subfornitura (e oltre)*; in *Lav. giu.*, 2018, p. 261, nota di A. SITZIA, *Subfornitura e responsabilità solidale: "ratio legis" e "lavoro indiretto" secondo la Consulta*; in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 582, nota di A. TAGLIENTE, *L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003: la responsabilità solidale del committente quale principio generale in tutti i fenomeni di decentramento produttivo?*, in *Giustiziacivile*, 2018, pp. 6, 9, nota di E. VILLA, *La responsabilità solidale: dall'appalto alla subfornitura e oltre*, e Cass., sez. lav., 8 ottobre 2019, n. 25172, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019.



appalto vadano applicate anche ai contratti menzionati³⁶. D'altronde, anche la disciplina della responsabilità solidale che è stata l'oggetto dell'allargamento giurisprudenziale menzionato è indubbiamente relativa al solo contratto di appalto, all'interno della cui normativa di riferimento è infatti disciplinata, e, ciò nonostante, di essa è stata fornita un'interpretazione estensiva.

Non è semplice definire la questione: le stesse esigenze che giustificano l'interpretazione estensiva dell'art. 29 d.lgs. n. 276 del 2003, infatti, potrebbero ricorrere anche in quest'ipotesi; si tratta, inoltre, di una garanzia ulteriore apprestata nell'ambito della sicurezza sul lavoro, un ambito nel quale le esigenze di protezione del lavoratore risultano molto forti, anche al punto di forzare le limitazioni che deriverebbero dall'interpretazione letterale di talune norme³⁷.

Ed invero la problematica non è nuova; essa si è posta anche, in modo simile, in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 26 d.lgs. n. 81 del 2008. Non è chiaro, infatti, se detta disposizione, che introduce pregnanti obblighi a carico del committente, tra cui quello di verifica dell'idoneità tecnico professionale dell'appaltatore - che quindi qui particolarmente interessa - debba essere riferita anche ai contratti diversi da quello di appalto ma ad esso per alcuni versi assimilabili.

Diverse ragioni militano a favore della seconda interpretazione.

Anzitutto un'analogia tra le situazioni espressamente protette dalla norma, quelle in cui i lavoratori siano impiegati nell'ambito di appalti, e quelle in cui siano impiegati in altri contratti in cui si realizza la dissociazione tra beneficiario della prestazione e impresa che svolge le lavorazioni. Ciò in particolare se si considerano i rischi cui gli stessi sono esposti, che risultano del tutto sovrapponibili nel caso in cui le lavorazioni si svolgano in luoghi che rientrano nella disponibilità del committente/affidatario dei lavori, o nell'ipotesi nelle quali si determini altrimenti un rischio interferenziale.

È stato, inoltre, rilevato che ove il novero dei contratti per cui fossero previsti gli specifici oneri di verifica fosse limitato ai contratti di appalto e subappalto e non ricomprendesse invece gli altri contratti in cui si realizza una dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore, si

36 Va detto, infatti, che i confini tracciati dalla giurisprudenza non sono affatto chiari, e questo nemmeno con riferimento all'ambito di applicazione della responsabilità solidale; il concetto di "lavoro indiretto" cui si fa riferimento, appare, infatti, indefinito e potenzialmente inclusivo di un novero molto ampio di contratti, su tale aspetto, in senso critico, tra gli altri, E. ROCCHINI, *La vis espansiva della responsabilità solidale nell'appalto: il caso del contratto di subfornitura*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, p. 999 ss.

37 Fornisce un'interpretazione estensiva con riferimento agli obblighi gravanti, *ex lege*, sul committente di un appalto, Cass. pen., 6 dicembre 2016, n. 10014, in *CED Cass. pen.* 2017, secondo la quale gli obblighi di verifica di cui all'art. 90 d.lgs. n. 81 del 2008 non sorgono necessariamente in dipendenza della stipulazione di un contratto di appalto, in quanto «*la norma in esame non contempla tale figura contrattuale*», e può quindi riferirsi anche a differenti fattispecie.



rischierebbe di incentivare il ricorso a schemi atipici, ovvero fittizi, allo scopo di eludere l'applicazione della disciplina³⁸.

Ancora, milita a favore dell'interpretazione estensiva un'altra circostanza: nella rubrica dell'art. 26 d.lgs. n. 81 del 2008 si fa riferimento in modo indistinto ai “*contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione*”; sebbene nel corpo della norma non venga, poi, fatta menzione del contratto di somministrazione, l'assimilazione delle diverse figure sembra costituire un valido elemento per ritenere che esse siano poste sullo stesso piano, anche quanto ai relativi obblighi³⁹.

Infine, va rilevato che la giurisprudenza, soprattutto in ambito penale, adotta un'impostazione che si potrebbe definire “finalistica”, nel senso che ritiene che, al fine di valutare se il committente sia gravato degli obblighi tipizzati dall'art. 26 d.lgs. n. 81 del 2008, in particolare da quelli di coordinamento e coordinazione, al di là della tipologia contrattuale che viene utilizzata, si debba guardare al fatto che si realizzi, o meno, in concreto, un'interferenza tra le lavorazioni.

Applicando i medesimi principi anche al sistema di qualificazione delle imprese di cui al D.P.R. n. 177 del 2011, si dovrebbe ritenere che, poiché le esigenze di selezione delle imprese che operano nei settori caratterizzati da quei particolari rischi sussistono in modo simile nel contratto di appalto e nei contratti che ad esso sono anche latamente e parzialmente assimilabili, le imprese che svolgono la loro attività nell'ambito di tali contratti debbano essere soggette all'applicazione del Decreto.

D'altro canto, in senso contrario, va ribadito che le conseguenze della violazione degli obblighi di verifica dell'idoneità delle imprese affidatarie risultano addirittura integrare un reato; da questo punto di vista l'assenza di una norma che individui specificamente un obbligo nei confronti delle imprese che operino nell'ambito dei contratti vicini all'appalto rischierebbe di violare i principi di tassatività e di predeterminazione della sanzione⁴⁰.

38 P. TULLINI, *Commento all'art. 26*, cit., p. 271.

39 In tal senso, sebbene con riferimento ai soli obblighi di cooperazione e coordinamento di cui all'art. 26 d.lgs. n. 81 del 2008, anche la giurisprudenza, che ritiene che gli «*obblighi di coordinamento e cooperazione connessi all'esistenza di un rischio interferenziale, dettati dall'art 7 d lgs 19 settembre 1994 n 626 - ora previsti dall'art. 26 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 - occorre aver riguardo non alla qualificazione civilistica attribuita al rapporto tra le imprese che cooperano tra loro - contratto d'appalto, d'opera o di somministrazione - ma all'effetto che tale rapporto origina, vale a dire alla concreta interferenza tra le organizzazioni che operano sul medesimo luogo di lavoro e che può essere fonte di ulteriori rischi per l'incolumità dei lavoratori delle imprese coinvolte (Sez 4 n 1777 del 6 12 2018 rv 27507701)*» Cass., sez. pen., 19 settembre 2019, n. 38636. Non v'è, tuttavia, motivo per non ritenere che tali considerazioni possano essere estese anche all'obbligo di verifica dell'idoneità tecnico professionale previsti dalla stessa disposizione.

40 Una simile osservazione viene fatta, invero, anche in relazione all'interpretazione estensiva dell'art. 26 d.lgs. n. 81 del 2008, cfr. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007*, Quaderni dell'Osservatorio Olympus, Pesaro, 2008, p. 120 ss. *Contra*, evidenziando che nelle forme contrattuali elencate da tale



In definitiva, se appare più sicuro per chi opera nell'ambito di contratti come quelli da ultimo considerati cautelarsi adempiendo agli obblighi del D.P.R., d'altro canto l'impresa che venisse sanzionata per l'asserita inadempienza rispetto agli stessi, ben potrebbe articolare le proprie difese opponendo il mancato rispetto degli obblighi di specificità che devono caratterizzare le fattispecie penali.

4. I requisiti previsti dal D.P.R. n. 177 del 2011, in particolare con riferimento a quelli gravanti sull'impresa appaltatrice

Individuato il perimetro di applicazione del decreto, si può passare all'analisi dei requisiti posti dal D.P.R. n. 177 del 2011. Essi si dividono in due macro-categorie: quelli che afferiscono all'appaltatore – o ai lavoratori autonomi – e quelli che afferiscono al committente, e che gravano su di esso solo nel caso in cui abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto. Esaminando intanto la prima categoria, va detto che alcuni dei requisiti posti dal Decreto sono una semplice ripetizione di quanto già previsto dal d.lgs. n. 81 del 2008: così la previsione dell'obbligo di dare integrale applicazione alle vigenti disposizioni in materia di valutazione dei rischi, sorveglianza sanitaria e misure di gestione delle emergenze e, nel caso di imprese familiari e lavoratori autonomi, di applicare integralmente l'art. 21, comma 2, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81⁴¹.

4.1 L'attività di formazione e informazione del personale

Tra i requisiti posti dal D.P.R. n. 177 del 2011 v'è poi, l'obbligo di effettuare attività di informazione e formazione di tutto il personale, compreso il datore di lavoro ove impiegato per attività lavorative all'interno di tali ambienti, specificamente mirata alla conoscenza dei fattori di rischio propri di tali attività, oggetto di verifica di apprendimento e aggiornamento. Detta previsione è particolarmente significativa in quanto attraverso di essa si dà atto della necessità di una formazione e informazione *ad hoc*⁴² per coloro che svolgono lavorazioni in ambienti sospetti di inquinamento o confinati e dà mostra di comprendere la necessità che i

norma «*l'ipotesi criminosa e la figura dell'agente sono individuabili sulla base dell'interferenza tra le lavorazioni, che determina l'insorgere del particolare rischio considerato dalla norma*», P. TULLINI, op. ult. cit., p. 272.

41 Non è chiaro se la previsione di cui all'art. 21, co. 2, lettera b, vada interpretata nel senso che anche nell'ambito delle lavorazioni da svolgere in ambienti confinati vi sia una mera facoltà dei componenti dell'impresa familiare di partecipare ai corsi di formazione, o se piuttosto la previsione di cui all'art. 2, co. 1, lettera d, del DPR n. 177 del 2011 non si debba tradurre in un'obbligatorietà dei corsi di formazione anche per tali soggetti, che verrebbe ad integrare una delle ipotesi di "obblighi previsti da norme speciali" fatte salve dall'art. 21 richiamato, opzione a favore della quale depone l'ampia estensione degli obblighi in questione, ai quali è soggetto anche il datore di lavoro.

42 Una formazione evidentemente aggiuntiva rispetto a quella ordinaria di cui agli art. 34 e 37 d.lgs. n. 81 del 2008.

lavoratori che sono esposti ai rischi propri di tali ambienti godano di una formazione e informazione mirata nella previsione di specifici percorsi di apprendimento. Invero le previsioni contenute nel T.U. sulla sicurezza che hanno ad oggetto le lavorazioni da svolgere in ambienti confinati si limitano a disciplinare delle procedure di sicurezza, anche con riferimento all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale, ma – a differenza di quanto avviene in relazione ad altri rischi specifici⁴³ – non pongono un obbligo di formazione e informazione dei lavoratori.

A tal fine, il Decreto prevede che contenuti e modalità della formazione «sono individuati, compatibilmente con le previsioni di cui agli articoli 34 e 37 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, entro e non oltre 90 giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, con accordo in Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentite le parti sociali». Va detto, tuttavia, che ad oggi, nonostante il tempo trascorso, non esiste ancora l'accordo richiesto da tale disposizione⁴⁴; per riempire di contenuto sia l'obbligo di formazione che quello di informazione, si fa quindi riferimento ai fattori di rischio propri delle attività, in relazione ai quali sussiste l'obbligo di fornire le informazioni e le conoscenze utili all'identificazione, riduzione e gestione degli stessi, nonché di formare i lavoratori impartendo le conoscenze e le procedure utili all'acquisizione delle competenze utili a svolgere i compiti in sicurezza.

Si ritiene, inoltre, che anche per questo tipo di formazione valgano i principi ordinariamente riferiti alla formazione sulla sicurezza, e così che questa debba essere effettiva, per quanto non soggetta a modalità predeterminate, che vada effettuata con una certa ricorrenza temporale, e che il datore di lavoro non possa limitarsi ad un rispetto meramente formale dell'obbligo, ma debba verificare che l'apprendimento sia stato effettivo⁴⁵.

La previsione menzionata include, inoltre, tra i destinatari dell'obbligo anche il datore di lavoro, ove svolga attività lavorativa all'interno degli ambienti confinati; tale disposizione va, oggi, letta in combinato disposto con l'art. 37 come novellato dall'art. 13, comma 1, lettera d-quinquies), numero 4), del D.L. 21 ottobre 2021, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla

43 Uno specifico obbligo di formazione ed informazione è individuato, per esempio, dagli art. 164 con riferimento all'utilizzo della segnaletica di sicurezza, dall'art. 169 con riferimento alla movimentazione manuale dei carichi, dall'art. 177 con riferimento alle attrezzature munite di videoterminali, dall'art. 184 con riferimento ai rischi derivanti da agenti fisici, dall'art. 195 con riferimento ai rischi di esposizione al rumore durante il lavoro, dall'art. 227 con riferimento ai rischi da agenti chimici, dall'art. 239 con riferimento alle protezioni da agenti cancerogeni e mutageni, dall'art. 258 con riferimento ai rischi derivanti dall'esposizione ad amianto, dall'art. 278 con riferimento ai rischi derivanti dall'esposizione ad agenti biologici e dall'art. 294 bis con riferimento alla protezione da atmosfere pericolose.

44 Cfr. l'approfondimento svolto da G. FEDE-S. BERGAGNIN-L. VIENNI, *Linee di indirizzo per la gestione dei rischi*, cit., in particolare p. 15 ss.

45 R. DEL PUNTA, *sub artt. 36-37*, in C. ZOLI (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Zanichelli, Bologna, pp. 449-452.



Legge 17 dicembre 2021, n. 215.: il datore di lavoro, pertanto, sarà assoggettato a specifica formazione, relativa agli obblighi in materia di sicurezza, che gravano su di esso in quanto tale⁴⁶, cui si aggiungerà la formazione specifica, analoga a quella destinata ai dipendenti dell'impresa, ove anch'egli svolga attività lavorativa.

4.2. Il possesso di dispositivi di protezione individuale

Ancora, il D.P.R. n. 171 del 2011 prevede che imprese e lavoratori autonomi che svolgono attività in spazi confinati debbano possedere dispositivi di protezione individuale, strumentazione e attrezzature di lavoro idonei alla prevenzione dei rischi propri delle attività lavorative in ambienti sospetti di inquinamento o confinati e di aver effettuato attività di addestramento all'uso corretto di essi, coerentemente con le previsioni di cui agli articoli 66 e 121 e all'allegato IV, punto 3, d.lgs. n. 81 del 2008.

Il datore di lavoro, per poter operare all'interno di appalti in spazi confinati, deve quindi aver fornito ai propri lavoratori⁴⁷ dispositivi di protezione che garantiscano dai rischi specifici di tali ambienti. Caratteristiche e funzioni di tali dispositivi vengono esplicitate dagli artt. 66 e 121, nonché dall'allegato IV, co. 3, del d.lgs. n. 81 del 2008.

In questo tipo di lavorazioni viene, infatti, specificamente richiesto da tali disposizioni l'utilizzo di cinture di sicurezza e di sistemi di salvataggio, funzionali all'eventuale recupero dei lavoratori da parte di chi rimane all'esterno, che può in questo modo evitare di fare ingresso nei luoghi in cui sia possibile il rilascio di gas deleteri, e di dispositivi di protezione delle vie respiratorie⁴⁸ o di altri apparecchi idonei a consentire la normale respirazione, funzionali ad evitare il rischio di asfissia o di avvelenamento.

Si tratta, invero, di ambienti che, per le proprie caratteristiche intrinseche di rischiosità, non consentono che il datore di lavoro possa eliminare o ridurre in modo sufficiente i rischi attraverso l'adozione di mezzi di protezione collettiva⁴⁹, ma che, al contrario, comportano abitualmente l'obbligo di servirsi di DPI di terza categoria, quelli destinati a proteggere i singoli lavoratori dal rischio di morte o di lesioni gravi o di carattere permanente.

4.3. L'attività di addestramento sull'applicazione delle procedure di sicurezza

46 In merito alla novellata disposizione si veda anche la circolare INL n. 1 del 16 febbraio 2022.

47 La norma fa riferimento ad un generico "possesso", in quanto individua dei requisiti che le imprese devono possedere, ma, evidentemente, presuppone che tali dispositivi siano stati messi a disposizione dal datore di lavoro in adempimento dell'art. 78, co. 2, d.lgs. n. 81 del 2008.

48 In relazione ai quali l'art. 121, co. 3, specifica che *«possono essere adoperate le maschere respiratorie, in luogo di autorespiratori, solo quando, accertate la natura e la concentrazione dei gas o vapori nocivi o asfissianti, esse offrano garanzia di sicurezza e sempreché sia assicurata una efficace e continua aerazione.»*

49 Cfr. art. 74 d.lgs. n., 81 del 2008.



Ulteriore obbligo che viene imposto al datore di lavoro è quello avente ad oggetto l'effettuazione di attività di addestramento di tutto il personale impiegato per le attività lavorative in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, ivi compreso il datore di lavoro, relativamente alla applicazione di procedure di sicurezza coerenti con le previsioni di cui agli articoli 66 e 121 e all'allegato IV, punto 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.

Le norme menzionate, invero, contengono alcune indicazioni relative alle modalità di svolgimento dei lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati: l'accesso in tali luoghi non è consentito se previamente non sia stata accertata l'assenza di pericolo per la vita e per l'integrità fisica dei lavoratori, ovvero se l'atmosfera non sia stata risanata; i lavoratori devono essere legati con cintura di sicurezza e collegati ad un sistema di salvataggio che dev'essere tenuto dall'esterno, dal personale addetto alla sorveglianza, che si tiene in collegamento continuo con chi opera all'interno e che vigila per tutta la durata del lavoro su chi opera; tali lavori, pertanto, devono essere sempre svolti da lavoratori in coppia.

Si prevede, inoltre, che, al fine di evitare la presenza di gas o vapori deleteri, deve provvedersi alla bonifica dell'ambiente mediante idonea ventilazione, ovvero mediante lavaggi o altre misure idonee; nel caso in cui gli ambienti siano vasche, conduzioni o ambienti assimilabili, devono, poi, essere bloccate eventuali valvole e dispositivi dei condotti in comunicazione con essi, apponendo un avviso con l'indicazione del divieto di manovrarli. Anche dopo la bonifica, se siano egualmente da temere emanazioni di gas pericolosi, vige il divieto di utilizzare apparecchi a fiamma, corpi incandescenti e apparecchi comunque suscettibili di provocare fiamme o surriscaldamenti atti ad incendiare il gas, nonché attrezzi di materiale ferroso e calzature con chiodi.

Sulla base di tali indicazioni, quindi, l'impresa è tenuta ad individuare una procedura di sicurezza, in relazione alla quale verrà effettuato l'addestramento dei lavoratori; è, infatti, interessante notare che si ricade in una delle ipotesi in cui grava sul datore di lavoro un vero e proprio obbligo di addestramento⁵⁰, scelta assolutamente comprensibile considerata la pericolosità delle attività in questione.

Sembra, poi, che detta previsione debba essere letta in combinato con quella contenuta all'art. 3, co. 3 del D.p.R., che pone l'obbligo di adottare ed efficacemente attuare, durante tutte le fasi delle lavorazioni in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, una procedura di lavoro *«specificamente diretta a eliminare o, ove impossibile, ridurre al minimo i rischi propri delle attività in ambienti confinati, comprensiva della eventuale fase di soccorso e di coordinamento con il sistema di emergenza del Servizio sanitario nazionale e dei Vigili del Fuoco»*.

50 Come sottolinea R. DE PUNTA, op. ult. cit., p. 454, invero, non esiste un obbligo generale di addestramento, che consiste in *«qualcosa di più di una formazione anche puramente pratica, richiedendo l'assegnazione diretta del lavoratore da addestrare ad una certa lavorazione sotto la stretta vigilanza dell'addestratore»*, persona esperta che svolge tale attività sul luogo di lavoro.

Tale procedura, che per essere efficace andrà presumibilmente scritta di concerto con l'impresa appaltatrice⁵¹, ove validata dalla Commissione consultiva permanente ex art. 6 d.lgs. n. 81 del 2008, può corrispondere a buona prassi di cui all'art. 2, co. 1, lettera v), d.lgs. n. 81 del 2008, ossia ad una soluzione organizzativa o procedurale coerente con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, finalizzata a promuovere la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la riduzione dei rischi e il miglioramento delle condizioni di lavoro.

4.4. Gli obblighi di disporre di personale dotato di specifica esperienza e di certificare i contratti di lavoro atipico del personale impiegato

L'art. 2, co. 1, lettera c), prescrive che le imprese, per poter svolgere attività in ambienti confinati, devono disporre di «*personale, in percentuale non inferiore al 30 per cento della forza lavoro, con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, assunta con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ovvero anche con altre tipologie contrattuali o di appalto, a condizione, in questa seconda ipotesi, che i relativi contratti siano stati preventivamente certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Tale esperienza deve essere necessariamente in possesso dei lavoratori che svolgono le funzioni di preposto*».

La norma non brilla certo per chiarezza. In particolare, nella sua esegesi si sono poste questioni in merito al contenuto degli obblighi che essa pone.

Se, infatti, è certo che la disposizione richiede che le imprese che vogliono operare in ambienti confinati dispongano di una percentuale di lavoratori pari almeno al trenta per cento con esperienza almeno triennale in tale tipo di lavorazioni, non altrettanto chiaro è se essa ponga, o meno, un obbligo di certificazione dei contratti riferito alla stessa platea di lavoratori.

Si aprono, invero, due opzioni interpretative: secondo la prima, l'indicazione della percentuale del trenta per cento della forza lavoro è riferita esclusivamente all'obbligo di disporre di lavoratori avente esperienza almeno triennale, e l'obbligo di certificazione costituisce un differente obbligo, che sussiste in relazione alle tipologie di lavoro "flessibile". A tale opzione, per vero, si deve giungere attraverso una leggera forzatura del dato letterale, ma già si può anticipare che essa appare preferibile per diverse ragioni. L'altra opzione interpretativa è quella per cui, al contrario, la certificazione sarebbe necessaria solo con riferimento ai contratti in virtù dei quali prestano la propria attività i lavoratori che rientrano nel predetto trenta per cento (colori i quali, quindi, non sono in possesso di esperienza specifica ultratriennale). Secondo quest'ultima impostazione, l'obbligo di certificare i contratti avrebbe una portata del tutto residuale.

51 F. FAGGIN, *Il rappresentante del DDL*, cit., p. 81.



L'impostazione per cui l'obbligo di certificazione viene imposto in relazione a tutti i contratti di appalto e di lavoro flessibile risulta, tuttavia e in primo luogo, conforme ai criteri dettati dal d.lgs. n. 81 del 2008 per la qualificazione delle imprese: come già accennato, l'art. 27 d.lgs. n. 81 del 2008, prevede che la selezione delle imprese possa avvenire mediante il ricorso alla certificazione dei contratti di appalti delle tipologie flessibili di contratto cui l'impresa fa ricorso. Sembra, quindi, che il D.P.R., con la disposizione in commento, riprenda l'indicazione contenuta nel Testo Unico, che non pone alcuna relazione tra la certificazione dei contratti e il possesso (anzi, in questo caso, l'assenza) di specifica esperienza da parte dei lavoratori.

Inoltre, mentre si può comprendere che abbia senso richiedere che solo una percentuale di lavoratori abbia esperienza triennale, per assicurare che la complessiva platea dei dipendenti goda dell'esperienza di questi, garantendo al contempo l'accesso di nuova forza lavoro, riferire l'obbligo di certificazione solo ad una percentuale dei lavoratori appare molto meno sensato: è difficile, infatti, comprendere per quale motivo la verifica che sarebbe chiamata a svolgere la commissione di certificazione dovrebbe avere ad oggetto solo i contratti dei lavoratori che ricadono nella percentuale del trenta per cento, e non di tutti.

È opportuno, inoltre, soffermarsi su un altro dato. La norma in commento fa riferimento indistintamente ai contratti atipici e ai contratti di appalto; vengono quindi poste sullo stesso piano le assunzioni dirette – si intende, sembra, di dipendenti dell'appaltatore, stante l'esclusione dei lavoratori assunti alle dirette dipendenze del committente – e l'affidamento di lavori in appalto, rispetto alle quali egualmente si afferma, in modo improprio nel caso degli appalti, che si tratti di manodopera "assunta" dal committente.

Se però si tiene a mente che l'ambito di applicazione del sistema di qualificazione disciplinato dal decreto stesso è quello delle lavorazioni affidate in appalto, ne deriva che è inevitabile trovarsi in presenza di un contratto di tale tipo; il riferimento alla percentuale di manodopera al fine di limitare l'operatività dell'obbligo di certificare il contratto diventerebbe, quindi, del tutto incomprensibile.

Tali ragioni portano a respingere l'opzione da ultimo esaminata e a ritenere che l'obbligo in questione sussista in ogni ipotesi di affidamento delle lavorazioni tramite appalto, oltretutto nelle ipotesi in cui i lavoratori impiegati siano parte di un contratto atipico.

In aggiunta a quanto visto, e per concludere il ragionamento, un'altra considerazione porta a ritenere preferibile l'interpretazione proposta.

Il sistema di qualificazione delle imprese di cui al D.P.R. n. 177 del 2011 impone l'adempimento di una serie di obblighi; non è però individuata – quantomeno non espressamente – alcuna forma di verifica circa il corretto adempimento degli stessi. Diversamente da quanto presupposto dal sistema previsto nel settore edile, infatti, non esiste un organo terzo deputato al controllo del rispetto dei requisiti posti dalle norme, che vigili sulla loro corretta osservanza emettendo un certificato che la attesti.



Tale mancanza rischierebbe di rappresentare un pesante *vulnus* per il sistema; invero, si chiamerebbe il committente a verificare il rispetto dei requisiti previsti dalla norma, senza considerare però che difficilmente tale soggetto dispone delle competenze adeguate e necessarie a tal fine.

Ecco, quindi, che può apprezzarsi l'importanza che assume, nella lettura proposta, la previsione che impone la certificazione del contratto.

Attraverso la certificazione, infatti, si delega un organo contraddistinto e dalla necessaria terzietà e dalle competenze necessarie per appurare il possesso dei requisiti da parte dell'appaltatore, affidando allo stesso un'attività di verifica che andrà svolta necessariamente prima dell'inizio dei lavori.

Risulta, in conclusione, alla luce di tutte queste considerazioni, preferibile interpretare la norma nel senso che il legislatore abbia voluto apprestare una garanzia ulteriore nelle ipotesi in cui trova applicazione il DPR n. 177 del 2011, e quindi di affidamento dei lavori a terzi per mezzo del contratto di appalto, nonché in quelle in cui il datore di lavoro appaltatore impieghi lavoratori con contratti atipici⁵².

Quanto poi, all'altro obbligo previsto in capo al datore di lavoro, esso consiste nel dover disporre di personale, in percentuale non inferiore al 30 per cento della forza lavoro, con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, esperienza che deve essere necessariamente in possesso dei lavoratori che svolgono le funzioni di preposto.

Sul punto si è ormai chiarito che la platea di riferimento su cui calcolare la percentuale del trenta per cento di lavoratori in possesso dell'esperienza ultra triennale è costituita dai lavoratori che andranno poi impiegati nello svolgimento di tali lavorazioni. Invero, considerando la *ratio* sulla cui base viene posto quest'onere, che mira evidentemente a garantire che la forza lavoro abbia un'esperienza maturata sul campo in relazione ai rischi delle lavorazioni, appare chiaro che l'ambito di applicazione non possa che essere quello dei lavoratori che effettivamente dovranno svolgere le lavorazioni.

La previsione che ha ad oggetto la figura del preposto, poi, mostra la consapevolezza dell'importanza di tale figura, anticipando ciò che si è registrato solo in tempi recentissimi con riferimento ad esso⁵³.

52 In tal senso sembra anche deporre l'interpretazione del Ministero del Lavoro, che nella nota n. 11649 del 2013 già citata sembra scindere i due requisiti, nella parte in cui afferma che «*Qualora l'appaltatrice si avvalga di professionalità attraverso forme contrattuali diverse da quelle del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, è necessario che i relativi contratti siano certificati ai sensi del Titolo VIII Capo I, D.lgs. n. 276/2003*».

53 Il riferimento è alle novità introdotte nell'ambito del d.lgs. n. 81 del 2008 dal d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, conv. con modificazioni in l. n. 215 del 2021, che ha inciso sulle prerogative e sui doveri del preposto.



4.5. Il rispetto delle disposizioni in materia di regolarità contributiva

Ancora, il D.P.R. prevede che i datori di lavoro che vogliano svolgere la propria attività all'interno di ambienti confinati o sospetti di inquinamento debbano rispettare le previsioni in materia di Documento unico di regolarità contributiva.

L'inclusione di tale onere all'interno di quelli richiesti per garantire l'idoneità tecnico professionale dell'impresa affidataria dei lavori non rappresenta una novità; il possesso del DURC, infatti, è previsto all'interno del d.lgs. n. 81 del 2008 tra gli elementi che l'impresa affidataria deve verificare ai fini della valutazione dell'idoneità tecnico professionale dell'appaltatrice, ma tale onere è previsto limitatamente alle imprese che operano in cantieri temporanei o mobili dall'art. 90, co. 9, lettera a), che a sua volta rinvia all'allegato XVII⁵⁴.

La scelta di riproporre il requisito in questione anche all'interno del sistema di qualificazione delle imprese che operano in spazi confinati risulta facilmente comprensibile, stante la necessità di selezionare le imprese dotate di maggiore affidabilità, valutazione che evidentemente non può prescindere dalla verifica della regolarità negli adempimenti contributivi.

4.6. L'obbligo di integrale applicazione della contrattazione collettiva di settore

Persegue il medesimo fine, quello di verificare che l'impresa affidataria non abbassi i costi dell'appalto a scapito della manodopera, l'obbligo di dare integrale applicazione della parte economica e normativa della contrattazione collettiva di settore, compreso il versamento della contribuzione all'eventuale ente bilaterale di riferimento, ove la prestazione sia di tipo retributivo, con riferimento ai contratti e agli accordi collettivi di settore sottoscritti da organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

La disposizione, tuttavia, non manca – almeno astrattamente⁵⁵ – di sollevare alcune questioni problematiche.

Con essa, infatti, si pone l'obbligo di dare applicazione ad un contratto collettivo, quello c.d. *leader*, imposizione che potrebbe dare adito a qualche dubbio di legittimità costituzionale per il possibile contrasto con l'art. 39 Cost.

54 Sulla legittimità dell'esclusione dalla gara delle imprese che non rispettino tale onere, F.D. MASTRANGELI, *Requisito di regolarità contributiva: criteri di apprezzamento della gravità del comportamento omissivo*, nota a Consiglio di Stato, sezione sesta, 4 aprile 2011, n. 2100), in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2011, III, p. 845 ss.

55 Come anticipato, infatti, attualmente non risultano essere state sollevate molte questioni in ordine all'applicazione del D.P.R. n. 177 del 2011, posto che molte aziende, pur rientrando nel suo ambito di applicazione, non vi danno attuazione.

È pur vero che, nell'ambito degli appalti, l'imposizione delle clausole sociali, comportanti l'obbligo per i datori di lavoro di dare applicazione di un determinato contratto collettivo, non rappresenta una novità: un obbligo di questo tipo è previsto dall'art. 36 St. Lav. e, nel medesimo ambito, dal codice degli appalti pubblici. Va, tuttavia, osservato che esiste una rilevante differenza tra le menzionate disposizioni e quella qui in considerazione.

I dubbi di costituzionalità sollevati in relazione all'art. 36 St. Lav., infatti, sono stati superati senza eccessiva difficoltà⁵⁶, rimarcando che la fonte dell'obbligo di applicazione di un dato contratto collettivo risiede nel contratto di appalto: l'appaltante, infatti, è obbligato, in base alla menzionata disposizione, ad inserire nel capitolato di appalto e nel provvedimento di concessione la clausola sociale. Con riferimento alla previsione di cui all'art. 30. co. 4, del previgente Codice degli Appalti pubblici, invece, in cui è proprio la norma a dettare l'obbligo di applicazione del contratto collettivo c.d. *leader*⁵⁷, norma replicata anche nell'attuale previsione contenuta nell'art. 11, d.lgs. n. 36 del 2023, è stato evidenziato che in questo caso viene egualmente rimessa all'aspirante appaltatore la scelta di sottoscrivere o meno il contratto di appalto; lo stesso, quindi, è libero di assoggettarsi o meno alla regolamentazione predisposta dalla stazione appaltante, comprensiva dell'obbligo di dare applicazione ai contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale⁵⁸.

Ciò che, in ogni caso, accomuna le due disposizioni è che, in entrambe le ipotesi, l'obbligo di applicare il contratto collettivo c.d. *leader* viene posto in capo a chi vuole partecipare ad una gara di appalto. E la *ratio* di tale obbligo è chiaramente da ravvisarsi nella necessità che le aziende, nel partecipare alla selezione, non si avvantaggino di un costo del lavoro inferiore per formulare un'offerta più conveniente, a scapito delle condizioni, economiche e non solo, dei propri dipendenti, ciò che sarebbe tanto più grave considerato l'ambito in cui ci si trova, quello degli appalti pubblici.

Questa è anche la differenza sostanziale tra le due previsioni appena esaminate e quella contenuta nel D.P.R. n. 177 del 2011: con tale ultima norma, infatti, non si disciplinano

56 Cfr. C. cost. 19 giugno 1998, n. 226, in *Contratti Stato Enti Pubbl.* 1999, p. 98.

57 Proprio in relazione a tale aspetto sono stati sollevati i dubbi di costituzionalità per la lesione della libertà sindacale negativa F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, p. 772; I. ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori*, in M.T. CARINCI-U. CARABELLI, a cura di, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, p. 276; S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M. AIMO-D. IZZI, a cura di, *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, p. 214.

58 M. NOVELLA, *Minimi retributivi e retribuzioni al minimo. Riflessioni teoriche e riscontri empirici*, in *Lav. Dir.*, 2020, II, p. 277. Lo stesso aggiunge che la legittimità costituzionale della previsione dev'essere riconosciuta anche in considerazione del fatto che la stessa persegue il fine di garantire la corretta concorrenza nell'accesso agli appalti pubblici, perseguendo la tutela dell'interesse pubblico e quindi realizzando i principi di cui all'art. 97 Cost.



semplicemente le condizioni per poter partecipare ad una gara d'appalto, ma si pone un requisito che necessariamente dev'essere posseduto per poter svolgere l'attività d'impresa, per quanto limitatamente ad un determinato settore, quello delle lavorazioni in ambienti sospetti di inquinamento o confinati.

I ragionamenti svolti in relazione alle previsioni che regolano l'accesso agli appalti pubblici non possono, quindi, essere applicati *de plano* anche a questa fattispecie.

D'altro canto, la finalità perseguita dalla norma risulta sicuramente meritevole, in considerazione dei noti problemi legati al ricorso a contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni meno rappresentative, o addirittura pirata, negli appalti.

Sul punto va, però, rilevato che la giurisprudenza attualmente formatasi in merito all'applicazione dell'art. 30 del codice degli appalti pubblici sembra obliterare il requisito posto dalla disposizione di dare applicazione al contratto stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative e soffermarsi, invece, sulla coerenza del contratto collettivo rispetto all'oggetto dell'appalto. Molteplici pronunce affermano, infatti, trascurando il dato laterale dell'art. 30 citato, che *"la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, col solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto"*⁵⁹. Tale impostazione, del resto, permette di sfuggire dall'annoso problema dell'identificazione del, o dei, contratti *leader*⁶⁰.

Se tale giurisprudenza, affermatasi però in un diverso ambito – e davanti ad un'altra magistratura –, dovesse trovare applicazione anche nel settore in questione, i predetti dubbi di costituzionalità non avrebbero più ragion d'essere, e tuttavia risulterebbe compromessa anche la finalità di tutela dei lavoratori.

Se invece così non fosse, si potrebbe egualmente ritenere significativo il fatto che ci si trovi nell'ambito di un sistema di qualificazione delle imprese e che il possesso dei requisiti individuati dal D.P.R. rappresenti una condizione che permette alle imprese di partecipare ad appalti relativi a quelle date lavorazioni; ragionando in tal modo, anche l'obbligo di applicare il contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni più rappresentative previsto dal Decreto dovrebbe essere letto come una condizione che l'appaltatore acconsente a soddisfare per svolgere non un determinato appalto ma, in generale, gli appalti nel settore, ed essere, per questa via, considerato affidabile.

5. Gli obblighi gravanti sul committente che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi

⁵⁹ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2016, n. 1901; Cons. Stato, Sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589; Cons. Stato, Sez. V, 1° marzo 2017, n. 932, tutte in *Banca Dati De Jure*.

⁶⁰ Tra i molti contributi che affrontano la materia si rinvia a S. CIUCCIOVINO, *Mettere ordine nella giungla dei ccnl: un'esigenza indifferibile*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, I, p. 227 ss.; I. ALVINO-L. IMBERTI, *Contratto collettivo leader e rappresentanza datoriale*, 2018, in *Lab. Law Issues*, 2018, IV, p. 1 ss.



Passando quindi all'esame degli obblighi che gravano sul committente che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto, si assiste anche in questo caso ad una parziale riproposizione di quanto previsto dal d.lgs. n. 81 del 2008.

Innanzitutto, anche se lo scopo del decreto è quello di delineare un sistema di qualificazione delle imprese che dovrebbe mirare proprio a garantire il possesso dell'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici e dei lavoratori autonomi, viene comunque posto a carico dei committenti l'obbligo di verificare l'idoneità tecnico professionale delle imprese mediante l'acquisizione del certificato di iscrizione alla camera di commercio, industria e artigianato e mediante l'acquisizione dell'autocertificazione dell'impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi del possesso dei requisiti di idoneità tecnico-professionale, ai sensi dell'articolo 47 D.P.R. n. 445 del 28 dicembre 2000.

Vengono, inoltre, posti in capo al committente specifici obblighi di informazione dei lavoratori impiegati nell'appalto e di nomina di un rappresentante del committente.

5.1. L'obbligo di informazione da parte del committente

Gli obblighi di informazione gravanti sul committente hanno ad oggetto le caratteristiche dei luoghi in cui i lavoratori dovranno operare e i rischi ivi presenti, compresi quelli che derivano dai precedenti utilizzi dell'ambiente, nonché le misure di prevenzione ed emergenza adottate in relazione alle proprie attività, informazioni che dovranno essere fornite a tutti i lavoratori dell'impresa appaltatrice, incluso il datore di lavoro ove svolga attività lavorativa.

Si tratta di un obbligo simile a quello gravante sulla generalità dei committenti in base al disposto dell'art. 26 T.U. sulla sicurezza, obbligo che risulta funzionale a garantire i lavoratori che prestino attività in ambienti a loro estranei, di cui non conoscono le caratteristiche e rispetto ai quali non possono avere contezza della presenza di eventuali ulteriori fattori di rischio⁶¹.

Rispetto alla previsione generale, nel D.P.R. si specifica che tale attività di informazione debba avere una durata minima: è prescritto, infatti, che l'attività debba svilupparsi in un tempo sufficiente e adeguato all'effettivo completamento del trasferimento delle informazioni e, comunque, non inferiore ad un giorno.

Com'è stato esplicitato, tale indicazione non va letta in senso formalistico, ma mira a garantire che i lavoratori ricevano una formazione adeguata, anche considerando i particolari rischi cui sono esposti. Sembra pertanto corretta la lettura⁶² secondo cui non sussiste un obbligo del committente di ripetere la formazione ogni volta in cui i lavoratori debbano accedere al

61 Un obbligo funzionale a garantire che i lavoratori operino con la necessaria prudenza all'interno di un ambiente non conosciuto, cfr. M. LAI, *La sicurezza del lavoro negli appalti*, cit., p. 48.

62 Commissione Interpelli ex art. 12, co. 2, d.lgs. n. 81 del 2008, interpello n. 23 del 6 ottobre 2014.

cantiere, obbligo che, viceversa, sussisterà in tutte le occasioni in cui sia mutato qualsiasi aspetto dei luoghi, ovvero essi presentino nuovi fattori di rischio.

5.2. La nomina del rappresentante del committente

È, poi, previsto che il datore di lavoro committente nomini un proprio rappresentante, in possesso di adeguate competenze in materia di salute e sicurezza sul lavoro, che vigili in funzione di indirizzo e coordinamento delle attività svolte dai lavoratori dell'impresa affidataria.

La figura non risulta sovrapponibile a quella del coordinatore per la sicurezza, obbligatoriamente prevista nell'ambito degli appalti, che ha la funzione di sovrintendere alla cooperazione e al coordinamento tra le imprese affidatarie e la committente; ciò non significa, tuttavia, che la stessa persona non possa rivestire entrambi gli incarichi, tenendo conto della loro specificità⁶³.

Dalle attribuzioni demandate al rappresentante del committente si deduce che lo stesso debba essere, per primo, a conoscenza dei rischi e delle specificità dei luoghi; deve ritenersi⁶⁴, poi, che egli debba aver svolto l'attività di formazione, informazione e addestramento prevista a favore di chi opera negli spazi confinati. Ciò, comunque, non si traduce nella necessità che tale figura sia costantemente presente nel luogo in cui si svolgono le lavorazioni, posto che lo svolgimento dell'attività di vigilanza e coordinamento non lo rende necessario⁶⁵.

6. Luci ed ombre del sistema di qualificazione delle imprese di cui al D.P.R. n. 177 del 2011

Completata la rassegna dei requisiti previsti dal D.P.R. n. 177 del 2011, si possono svolgere alcune considerazioni in merito alla bontà del sistema di qualificazione ivi previsto.

Anzitutto è apprezzabile la stessa scelta di apprestare detto sistema di qualificazione, anche in ragione del fatto che nello specifico ambito di cui si tratta le lavorazioni spesso sono oggetto di appalto; l'imposizione di determinate regole a carico delle imprese appaltatrici, quindi, comporta di fatto che la generalità delle imprese che svolgono quel tipo di lavorazione risulti soggetta ad esse.

Quanto al contenuto degli obblighi, la scelta di valorizzare sia quanto concerne formazione ed esperienza dei lavoratori, sia le caratteristiche dell'appaltatore appare del tutto lodevole. Invero i filtri ivi previsti, relativi al trattamento dei lavoratori e alla gestione dei rapporti di

63 F. FAGGIN-F. MARITAN-M. ROSSATO, *Il rappresentante del DDL*, cit., p. 81.

64 È vero, infatti, che la disposizione contiene un rinvio all'art. 2, comma 1, lettera c, ma tale rinvio è stato comunemente letto come un errore, dovendosi intendere che il riferimento sia alla lettera d, relativa agli obblighi menzionati, cfr. F. FAGGIN-F. MARITAN-M. ROSSATO, *Il rappresentante del DDL*, cit., p. 80.

65 Interpello 6 ottobre 2014, n. 23, cit.



lavoro, risultano idonei ad espungere dal mercato le imprese che riuscirebbero altrimenti ad aggiudicarsi gli affidamenti puntando non sulla qualità ma sul minor costo del servizio da eseguire, ottenuto spesso proprio riducendo i costi legati al lavoro. È meritoria, altresì, la scelta di porre una particolare attenzione sul possesso di specifica formazione, esperienza e sull'utilizzazione di procedure *ad hoc*.

Da un punto di vista sistematico, la scelta di normativizzare l'obbligo facente capo all'appaltatore di possedere determinati requisiti per poter svolgere le lavorazioni oggetto di appalto comporta una maggiore attenzione rispetto al corretto adempimento di tali disposizioni. V'è, infatti, un interesse ulteriore – appunto, poter svolgere le attività appaltate – che porta ad assolvere, senza indugio, tutti gli obblighi. Tali imprese, poi, considerato il ruolo svolto dalle Commissioni di certificazione, sono esposte ad un controllo a tappeto sul corretto rispetto della normativa sulla sicurezza; per quanto tale controllo sia svolto solo su base documentale, ciò determina indubbiamente una maggiore sensibilità rispetto all'importanza del rispetto della normativa.

Un siffatto sistema di obblighi ben si iscrive nella teorica della responsabilità sociale di impresa.

Se infatti secondo alcuni⁶⁶ già la tutela della sicurezza sul lavoro cui le imprese sono ordinariamente tenute risulta funzionale a migliorare la responsabilità sociale delle stesse, in questo contesto, nel quale il committente si fa carico del rispetto degli obblighi di sicurezza sul lavoro anche da parte delle imprese che operano all'interno del suo ciclo produttivo, tale assunzione di responsabilità risulta ancora più marcata. Attraverso di essa, può ritenersi che l'impresa committente assuma, nel momento in cui viene chiamata a rispondere oltre che dei propri dipendenti anche della valutazione di "affidabilità" delle imprese affidatarie dell'appalto, il compito di soddisfare esigenze di equità sociale⁶⁷, che se non possono essere definite prettamente altruistiche, giacché un tale obbligo è connesso alla scelta di esternalizzare parte del processo dell'azienda, comunque allargano a vantaggio di soggetti terzi, i dipendenti dell'appaltatore, l'ambito degli obblighi gravanti sul datore di lavoro in quanto tale.

L'impianto del D.P.R. n. 177 del 2011, pertanto, con i dovuti adattamenti, potrebbe essere replicabile anche in altri ambiti, al fine di migliorare le condizioni di sicurezza.

D'altro canto, si sono viste alcune criticità nel sistema oggi previsto.

Deriva probabilmente dal fatto di rappresentare un sistema applicabile a realtà circoscritte un tendenziale disinteresse verso di esso, tale da far sì che non vi sia notizia di provvedimenti sanzionatori emessi per la violazione o totale inapplicazione delle disposizioni del Decreto. La

66 A. SITZIA, D. SEGA, *Le "dimensioni" della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, p. 673 ss.

67 M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizzonti Dir. Comm.*, 2013, p. 3; M. FRIEDMAN, *The social responsibility of business is to increase its profits*, in *umich.edu*.



medesima scarsità di interesse ha comportato che, oltre dieci anni dopo l'entrata in vigore dello stesso, ancora non sia stato regolamentato il contenuto della formazione che dev'essere impartita ai lavoratori che operano in spazi confinati, intervento che si sperava venisse effettuato in occasione della ridefinizione delle procedure di formazione originariamente prevista entro il 30 giugno 2022⁶⁸, ma per il quale – a giudicare dalle bozze circolanti – non sembrano ancora maturi i tempi.

In secondo luogo, non può non condividersi una delle critiche che da subito è stata mossa al sistema di qualificazione delle imprese, relativa alla preminente importanza ivi attribuita ad una verifica esclusivamente documentale circa il rispetto degli obblighi ivi previsti. Infatti, il sistema, per come è congegnato – e considerando il primo soggetto a cui è attribuito il compito di verifica dei presupposti, la Commissione di certificazione –, non sembra riservare alcun margine per un controllo che non sia di tipo meramente documentale; con ciò non si vuole sottovalutare l'importanza di tale verifica, che però forse potrebbe essere utilmente implementata con una forma di controllo nella quale assumano valore eventuali inadempienze delle imprese affidatarie. Un possibile correttivo a tale mancanza potrebbe essere rappresentato dall'introduzione, a fianco di ciò che è attualmente previsto, di un sistema analogo a quello elaborato nell'ambito dell'edilizia - ma al quale non è mai stata data attuazione - in grado di attribuire un peso agli eventuali inadempimenti, anche pregressi, in materia di sicurezza.

68 L. n. 215 del 2022.



DOMESTIC WORKERS' OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH IN ITALY: FROM LEGAL GAPS TO PLATFORM-MEDIATED WORK¹

Ambra Mostarda *

Abstract [It]: Il saggio riflette sulla tutela della salute e della sicurezza occupazionale nel lavoro domestico, tema che necessita di rinnovata attenzione alla luce della rilevanza sociale del fenomeno, gli elevati rischi del settore nonché l'evoluzione dello stesso anche attraverso le piattaforme digitali. L'autrice offre una panoramica sulla regolazione in materia, a partire dal sistema giuridico internazionale e l'ordinamento dell'Unione europea fino al contesto nazionale, soffermandosi sulla specialità del lavoro domestico, la costante esclusione dalla disciplina prevenzionistica nazionale, le novità della legislazione emergenziale e quelle mancate del d.l. n. 48/2023.

Abstract [En]: The essay deals with the protection of domestic workers' occupational safety and health, namely an issue that deserves renewed attention considering the social importance of this type of work, the high risk of the sector as well as its evolution also through digital platforms. The author provides an overview of the regulation on the subject, starting with the international legal system and the European Union system up to the national system, focusing on the speciality of the domestic work relationship, the unvaried exclusion from the national prevention

¹ PhD Candidate, Ca' Foscari University of Venice, Venice School of Management.

On domestic work and OSH (occupational safety and health) see F. BASENGHI, *Il lavoro domestico. Artt. 2240-2246*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 237; P. DE VITA (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza nell'ambito del lavoro domestico*, Dossier Adapt, Osservatorio Nuovi lavori, nuovi rischi, 2 luglio 2009, n. 7; F. BASENGHI, *La legge 339/1958: continuità e innovazioni*, in R. SARTI (a cura di), *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, Ediesse, Roma, 2010, p. 207; L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori domestici. Nuovi spunti di riflessione dopo il d.lgs. n. 81/2008*, in R. SARTI, *op. cit.*, p. 223. Among the most recent studies on domestic work in general see S. BORELLI, *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Jovene editore, Napoli, 2020; S. BORELLI, *Who cares? La (mancanza di) dignità sociale per il lavoro di cura*, in *Var. temi dir. lav.*, 2020, n. 3, pp. 653-674; V. PAVLOU, *Migrant Domestic Workers in Europe: Law and the Construction of Vulnerability*, Hart Publishing, Oxford, 2021; C. DE MARTINO, *Chi bada alle badanti? La specialità del lavoro domestico alla prova del Covid-19*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2021, n. 169, 1, pp. 53-78; G. PICCO, *Il welfare invisibile: lo sfruttamento legale e illegale delle colf e badanti*, in V. FILÌ (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità?*, Adapt University Press, Bergamo, 2022, pp. 135-150; V. PAPA, *Note a margine di V. Pavlou, Migrant Domestic Workers in Europe: Law and the Construction of Vulnerability*, Hart Publishing, 2021, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2023, n. 3, p. 501.



regulation, the measures by the pandemic emergency legislation and the missed novelties of the Decree Law No. 48/2023.

SUMMARY: 1. Introduction to Domestic Work and Occupational Safety and Health. - 2. The International Legal Framework: the ILO and European Union Levels. - 3. The National Legal Framework: The Protection of Domestic Workers' Occupational Safety and Health in Italy from Law No. 339/1958 to Legislative Decree No. 81/2008. - 3.1 The National Legal Framework: The Recent Legislation. - 4. Platform-Mediated Domestic Work: Improving Working Conditions or Amplifying Existing Inequalities? - 5. Conclusions.

1. Introduction to Domestic Work and Occupational Safety and Health

The domestic work relationship and, specifically, the protection of domestic workers' health and safety at work is an issue that deserves renewed attention for many reasons².

Domestic workers contribute to ensuring families' well-being and work-life balance by providing paid³ care activities (e.g. childcare, assistance to the elderly) and non-care activities (e.g. household services). The social and collective value of domestic work was even more evident during the Covid-19 pandemic when caregivers limited the infection through their care work.

Domestic work is no longer a marginal phenomenon involving low interests, but a socially significant and growing phenomenon reflecting the major trends of the labour market. On the labour demand side, demographic changes and an ageing population increase the demand for long-term care and domestic work. On the supply side, the entry of women into the labour market and the changing structure of families decreases the availability of free and informal care work performed by women within families, facing an increasing labour supply from immigrant women mainly from Eastern Europe. In the background of the mentioned labour market dynamics, there is the public welfare crisis which corresponds to the development of a private or, better to say, DIY (do-it-yourself) welfare⁴.

Despite the key role in the protection of the person, his or her fundamental rights and its contribution to society and the well-known "*social sustainability*", domestic work in a broad

² This essay refers only to paid domestic work and does not take into consideration the unpaid domestic work voluntarily provided by family members.

³ On the labour market trends see L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *op. cit.*, pp. 228-229; S. BORELLI, *Who cares? La mancanza di*, *cit.*, pp. 655-662; C. DE MARTINO, *op. cit.*, pp. 60-61; G. PICCO, *op. cit.*, p. 137; on the same trends, also at the global level, see ILO, *Making the right to social security a reality for domestic workers. A global review of policy trends, statistics and extension strategies*, International Labour Organization, 2022.

⁴ See the document by EFFAT, European Federation of Food Agriculture and Tourism Trade Unions, *What can the EU do to improve domestic workers' conditions?*, August 2022.



sense has little legal recognition worldwide and in Europe⁵. In Italy, it is the subject of a peculiar discipline but suffers from clear regulatory gaps⁶, especially in occupational health and safety matters. The place of domestic work performance, namely the domicile of the person for whom the service is rendered, is an essential characteristic that conditions the notion of the working environment and the special nature of the risks associated with it. It is, therefore, the very characteristic of this special work, executed in a private workplace with a strong personal vocation, that justifies its exclusion from the main Italian safety and health legislation (namely the consolidated text on health and safety at work, d. lgs. No. 81/2008), in order not to extend to domestic employers the same security obligation as that imposed on businesses.

However, domestic work can be considered as a high-risk sector for various related factors. Domestic workers face chemical and physical risks in the workplace, involved in the exposition to toxic and unhealthy substances (e.g. household cleansers) with a general lack of protective equipment (gloves and masks), in the use of electric equipment, in the handling of dangerous items (like hot pans or knives). Physically demanding labour like moving clients with limited mobility, and monotonous and strenuous tasks involving awkward postures lead to ergonomic risks and debilitating musculoskeletal disorders among domestic workers⁷. The physical and mental fatigue resulting from performing hazardous tasks, working excessive hours, and managing situations of distress or discomfort, can be exacerbated in frequent cases of vulnerable individuals, like women⁸ and migrant workers. In this case, further challenges increasing the rate of injuries and accidents can be language and education, lack of awareness and information about working tools, but also risks of social exclusion, isolation, discrimination, psychological abuses, physical violence, and harassment in private workplaces traditionally not monitored as regular workplaces⁹. Moreover, the risks worsen, and the workers are particularly vulnerable in the widespread cases of irregular migrant workers and undeclared domestic workers¹⁰.

5 F. BASENGHI, *La legge 339/1958*, cit., p. 208, speaks of «logica sottrattiva», stressing the typical disapplication of parts of rules or disciplines that ordinarily regulate the employment relationship under Article 2094 c.c. (Civil Code).

6 P. DE VITA, *La tutela della salute*, cit., *passim*; L. ANGELINI-P. PASCUCI, *op. cit.*, p. 224; ILO, *Making decent work a reality for domestic workers. Progress and prospects ten years after the adoption of the Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*, International Labour Organisation, 2021, *passim*.

7 On the different effects and quality of health and safety risks in relation to gender differences see L. ANGELINI-P. PASCUCI, *op. cit.*, p. 232.

8 ILO, *Migrant Domestic Workers: Promoting Occupational Safety and Health*, International Labour Organization, 2016; P. DE VITA, *Come è cambiato il lavoro domestico: nuovi soggetti e nuovi rischi*, *Dossier Adapt, Osservatorio nuovi lavori e nuovi rischi*, 2009, n. 7, pp. 2-8.

9 Undeclared work is due both to problems related to the entry of migrant workers and to converging interests between employers and workers on the use of irregular labour, with a clear negative impact on working conditions, in terms of health and safety. See L. ANGELINI-P. PASCUCI, *op. cit.*, p. 233.

10 ILO, *Making the right to social security a reality for domestic workers*, cit., 19. The review clarifies that data collection for domestic work and specifically migrant domestic workers is difficult due to various reasons including the very nature of domestic work and the (often irregular) status of domestic workers.



International and national statistics on the sector confirm the attention for domestic workers' occupational safety and health. The ILO estimates that 75.6 million people around the world perform domestic work, representing 2.3 per cent of total employment worldwide, but without even decent working conditions. Domestic work is a women-dominated sector, employing 57.7 million women. As of 2015, there were an estimated 11.5 million migrant domestic workers worldwide, approximately 8.5 million of whom are female¹¹. The demand for domestic work is expected to grow considering some of the mentioned reasons such as demographic changes and population ageing. Service providers play a growing role, and the number of digital labour platforms in the sector increased from 28 platforms in 2010 to 224 platforms in 2020¹². According to the European Commission¹³, the sector of Personal and Household Services (PHS) represents 9.5 million jobs, namely 4% of the total employment of the EU. In 30% of cases, especially in southern Europe, the household directly employs the workers, while in the remaining 70% organisations employ workers and provide the services to the household (private companies, public cooperatives, and recently collaborative economy platforms). According to national data¹⁴, more than 961.000 are registered as regular domestic workers (both caregivers and housekeepers) and more than 1 million are irregular workers, for an estimated total of 2 million domestic workers. The sector has one of the highest rates of irregular workers (52.3%), compared to the 12% of the national average. Regarding occupational safety and health, according to the Illustrative Report on the Italian draft «labour decree»¹⁵, which initially included provisions on domestic work, in the five-year period 2017-2021 No. 24.989 accidents of which 58 fatal, and No. 1208 occupational diseases were reported, while in the period January-November 2022 No. 4073 accidents, of which 11 fatal and No. 247 occupational diseases were reported.

On these premises, it is high time to recognise domestic work's social value, by considering again the speciality of the domestic work relationship and the related protections, as well as rethinking the rationale and actuality of classical exclusions from OSH regulation both at the European and national level, in view of the contemporary evolution of working environment and health and safety concepts.

The essay focuses on domestic workers' occupational safety and health in Italy in order to reflect on the classical exclusion of this type of work from the personal scope of comprehensive OSH national legislation and its evolution through pandemic emergency measures and the latest labour reform of 2023. Domestic work is an interesting object of study also because it allows thinking about the application of occupational safety and health at work legislation to a peculiar employment relationship for intrinsic characteristics (work performed in and for

11 ILO, *Making decent work a reality for domestic workers*, cit., XVIII.

12 European Commission, Employment, Social Affairs & Inclusion, *Personal and household services*.

13 Domina Osservatorio Nazionale sul Lavoro Domestico, *4° Rapporto Annuale sul lavoro domestico*, 2022.

14 Decree Law No. 48/2023 «*Misure urgenti per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro*», converted into Law No. 85/2023. See *infra* for major details on the decree's draft version.

15 A. TROJANSKY, *Towards the "Uber-isation" of Care? Platform work in the sector of long-term home care and its implications for workers' rights*, Workers' Group Research Report, European Economic and Social Committee, European Union, 2020.



household) as well as to a new and widespread form of work such as platform work (considering the diffusion of platforms for household services and the so-called «Uber-isation of Care»¹⁶).

The paper is organised as follows. The next paragraph frames domestic work in the international and European Union legal framework. The central part of the paper is devoted to providing an overview of the Italian OSH legal and contractual regulation concerning domestic workers. Platform-mediated work is taken into consideration in its potential positive and negative impacts on workers' OSH. In the end, *de iure condendo* measures in order to overcome the shortcomings and gaps of OSH protection in the domestic sector are discussed.

2. The International Legal Framework: the ILO and European Union Levels

In 2011 at the 100th session of the International Labour Conference, the International Labour Organization adopted the ILO Convention Concerning Decent Work for Domestic Workers (Domestic Workers Convention, No. 189), establishing the first global standards for domestic workers, understood as any person engaged in domestic work within an employment relationship (Art. 1, b), and the Domestic Workers Recommendation, No. 201, supplementing the provisions of the Convention. While the Convention is a hard law instrument and binding for countries that ratify it, the Recommendation is a soft law instrument that can be used as a guidance for Member States taking measures to apply the Convention.

The two instruments are clearly part of the ILO's commitment to promote decent work for all, as declared in the Preamble to the Convention¹⁷. Domestic workers, like other workers, have the right to decent working and living conditions, while they continue to be one of the most marginalised and undervalued groups of workers in the contemporary global economy¹⁸. For this reason, the Convention and the Recommendation adopt minimum standards for this peculiar sector.

The C189 requires the ratifying governments to ensure the effective promotion and protection of the human rights and the fundamental principles and rights at work of all domestic workers (Art. 3), provide them with the same basic rights as those available to other workers (Art. 10), protect them against all forms of abuse, harassment and violence (Art. 5), prevent child labour fixing a minimum age for domestic workers (Art. 4), regulate private employment agencies that recruit and place domestic workers (Art. 15). Pursuant to Article 10, equal treatment with other workers includes normal hours of work, overtime compensation, periods of daily and weekly rest and paid annual leave, taking into account the special characteristics of domestic work. Domestic workers shall be provided with information about terms and conditions of employment (Art. 7), minimum wage coverage, where it exists (Art. 11), social security protection, including maternity protection (Art. 14), safe and healthy working environment (Art. 13), effective and accessible complaints mechanisms, measures for labour inspections, and penalties (Art. 17).

16 S. BORELLI, *Who cares? Il lavoro*, cit., p. 89.

17 A. BLACKETT, *Introductory note to the decent work for domestic workers convention, 2011 (No. 189) and recommendation (No. 201)*, in *International Legal Materials*, 2014, vol. 53, No. 1, pp. 250-266.

18 European Federation of Food Agriculture and Tourism Trade Unions, *op. cit.*



With specific reference to occupational health and safety, Article 13 states that every domestic worker has the right to a safe and healthy working environment, and, to this end, each Member shall take effective measures adapted to domestic work's specific characteristics, in accordance with national laws, regulations and practices. The Convention is flexible as these measures can be applied progressively, in consultation with the most representative organisations of employers and workers.

The Recommendation specifies that Members should take measures to protect domestic workers by eliminating or minimizing work-related hazards and risks, in order to prevent injuries, diseases and deaths and promote occupational safety and health in the household workplace (par. 19, a), provide an adequate and appropriate system of inspection (par. 19, b), establish procedures for collecting and publishing statistics on accidents and diseases related to domestic work (par. 19, c), advise on occupational safety and health (par. 19, e), develop training programmes (par. 19, e). Paragraph No. 4 is about medical testing for domestic workers.

To date, 36 countries have ratified the Convention entered into force in September 2013, including Italy. However, as denounced by EFFAT¹⁹, none of the only eight European countries having ratified the C189 have fully implemented its principles. To support the ratification of C189, on 28 January 2014, the European Union Council adopted a Decision authorising Member States to ratify the ILO convention²⁰.

To conclude this brief overview of ILO instruments on domestic work, ILO's Convention and Recommendation represent a historical set of international standards aimed at providing domestic workers with international validation of their status as workers, leading to a transnational legal order on decent work for domestic workers²¹. Clearly, the Convention and Recommendation's specific provisions on occupational safety and health question the exclusion of domestic work from the scope of health and safety regulations. Notwithstanding, and by virtue of the limitations typical of international law, there are no instruments to enforce the implementation of the Convention nor sanctions in the case of non-compliance by States²².

Shifting to the European Union legal framework on domestic workers, among the relevant actions taken by the European Union to support the ratification of the ILO convention, and beyond the mentioned Decision, it is noteworthy the European Parliament Resolution of 28

19 Council Decision authorising Member States to ratify, in the interests of the European Union, the Convention concerning decent work for domestic workers, 2011, of the International Labour Organisation (Convention No 189) (2014/51/EU).

20 A. BLACKETT, *Regulatory Innovation on Decent Work for Domestic Workers in the Light of International Labour Organization Convention No. 189*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 34, 2018, No. 2, specifically pp. 143-144.

21 V. PAVLOU, *Migrant domestic workers in the European Union: the role of law in constructing vulnerability*, Doctoral dissertation, 2016, p. 17.

22 Moreover, on the 10th Anniversary of the C189, the EU-wide «ILO C189» Alliance urges the governments to ratify and implement the convention. On the resolution see V. PAVLOU, *Whose equality? Paid domestic work and EU gender equality law*, in *European equality law review*, 2020, n. 1, pp. 10-11.



April 2016 on Women Domestic Workers and Carers in the EU (2015/2094(INI))²³. In this case, the European Parliament, considering the value of the ILO convention and that only a few Member States have ratified it, «*encourages all Member States to urgently ratify ILO Convention No 189 and to ensure that it is applied stringently so as to improve working conditions*» (par. 13).

With specific regard to OSH, the European Parliament acknowledges that domestic workers often are excluded from labour laws and, consequently, cannot be guaranteed a safe and healthy work environment, as well as often work in hazardous conditions or lack appropriate training to perform specific tasks that might result in on-the-job injuries. Even if the Directive on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work (Directive 89/391/EEC) covers formally employed domestic workers and carers, with the exception of workers directly employed by private households, the European Parliament recognises that the same provisions on health and safety should be guaranteed at work for all domestic workers regardless of employment type and that the working place does not make the employer exempt from complying with health and safety and risk prevention requirements. Based on these considerations, the Parliament calls on the Commission and the Member States to ensure and enforce an appropriate level of health and safety at work and to take action to prevent work-related accidents and risks of occupational injuries and diseases; moreover, training and retraining could improve standards and encompass managing the risks around posture and movement-related tasks and biological and chemical risks, as well as the use of assistive technology (par. 17). It recalls that undeclared work deprives workers of social security cover and health and safe working conditions and, therefore, expects that the European platform against undeclared work will prevent and discourage it (par. 18). In accordance with Article 17 of ILO Convention No 189, Member States are called to develop and implement measures for labour inspection, enforcement, and penalties with due regard for the special characteristics of domestic work (such measures should specify the conditions under which access to household premises may be granted, having due respect for privacy), in order to effectively address abuses (par. 24).

On the same page, but with the aggravating circumstance of the Covid-19 pandemic, the European Parliament Resolution, adopted on 5 July 2022 Towards a common European action on care (2021/2253(INI)), recognises the unfair working conditions and the lack of recognition of informal workers in personal and household services²⁴, notwithstanding their key role in

23 Personal and household services (PHS), usually defined at the global level as domestic work, are defined as a broad range of activities that contribute to the well-being at home of families and individuals, including care and non-care services. Care provision includes not only personal care but also non-relational indirect care, which provides the necessary preconditions for the provision of personal care. Very often workers perform both care and non-care activities.

24 The reconsideration of the exclusion of domestic servants from the Framework Directive on minimum level of protection from work-related health and safety risks for the workers of all Member States is stressed also in the Commission Staff Working Document of 10 January 2017 on *Ex-post evaluation of the EU occupational safety and health Directives*. Furthermore, the European Parliament resolution of 15 January 2008 on the Community strategy 2007-2012 on health and safety at work (2007/2146(INI)) asks the Commission and the Member States to apply the framework directive and the



the society as highlighted by the Covid-19 crisis. Consequently, the resolution calls for decent working conditions for all workers in the care sector and to effectively tackle undeclared work. In this sense, Member States should ensure social recognition, fair remuneration, and decent working conditions including adequate working hours, occupational health and safety, adequate education and training for upskilling and reskilling of workers, and ratify and implement the relevant ILO conventions, including No. 189 concerning domestic workers. With regard to OSH, it calls on the Commission and the Member States to adopt high standards of occupational health and safety, in line with and beyond the ambition of the recently adopted EU strategic framework on health and safety at work 2021-2027; highlights the need to pay special attention to the specific challenges of the sector, namely exposure of workers to hazardous substances or medicinal products, work in potentially infectious environments, as well as mental and psychosocial risks related to emotionally demanding work and encountering adverse social behaviour, in order to prevent workplace accidents and illness, and with that absenteeism, turnover and poor workers health (par. 90). The Commission is invited to propose a directive on prevention and management of work-related musculoskeletal disorders and rheumatic diseases, as well as on psychosocial risks and well-being at work.

Moreover, the Parliament underlines the need to reform the scope of the Framework Directive on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work (89/391/EEC), in the sense of ensuring the inclusion of domestic workers within its scope (par. 100)²⁵.

It is noteworthy that the resolution takes into consideration the increasing share of platform work in the care sector and the related challenges. In this sense, the European directive on platform work and national legislation regulating platform economy should duly take account of the specific nature of care work, which would provide minimum standards for the quality of services and decent working conditions for workers (par. 82).

Except for the mentioned resolutions, which are non-binding acts, the European Union's legal framework does not provide other acts or measures relevant to domestic workers and their OSH protection. As anticipated, the Directive on Safety and Health at Work of 1989 does not apply to domestic workers in private households, because Article 3, letter a, states that for the purposes of the directive, the worker is «*any person employed by an employer, including trainees and apprentices but excluding domestic servants*»²⁶. The Directive, containing general principles, is without prejudice to existing or future national provisions which are more favourable to OSH protection of (domestic) workers (Art. 1, par. 3). Notwithstanding, as shown in the next paragraph, Italy confirms the choice of the European Union regarding the exclusion of domestic workers from OSH legislation.

existing health and safety provisions fully also to the often-ignored jobs, including domestic workers (point No. 42).

25 See M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Quarta edizione, Cedam, Padova, 2007, pp. 326-331.

26 See *supra* footnote No. 6.



3. The National Legal Framework: The Protection of Domestic Workers' Occupational Safety and Health in Italy from Law No. 339/1958 to Legislative Decree No. 81/2008

The next paragraphs intend to provide a systematic overview of the Italian legislation regulating the domestic work sector, both the early regulation and the recent one, in order to assess the state of the art of the protection of health and safety at work. As anticipated, in fact, domestic work suffers from a typical disapplication of parts of rules that regulate the "common" employment relationship²⁷. In the national legal system, there are subordinate employment relationships that differ from the relationship in Article 2094 c.c. and that, consequently, are subject to special regulation. Domestic work is a typical case of a special employment relationship because it is not inherent in the exercise of an enterprise. What justifies a deviation from the general discipline of the employment relationship is therefore the specific context (private household) in which the work is performed²⁸.

Domestic work is regulated by Articles 2240-2246 c.c. and by Law No. 339/1958 on the protection of the domestic labour relationship. As stated in Article 2239 c.c., provisions of the Second Title on employment in the enterprise (Articles 2094-2134 c.c.) can be applied to special employment relationships such as domestic work insofar as they are compatible with the special nature of the relationship.

Law No. 339/1958, still valid, applies to domestic workers who work more than four hours a day for the same employer (Art. 1)²⁹. Article 6 on parties' rights and duties represents the unique safety and health protection applicable to domestic workers. The Article imposes some obligations on the employer, all of which relate to the obligation to protect the employee's psycho-physical integrity. The employer is obliged to provide the employee with an environment that is not harmful to the employee's physical and moral integrity, where there is a commitment to board and lodging. In addition, the employer must protect the employee's health particularly when there are sources of infection in the family. The rule, which provides for very broad guarantees, evokes the general rule on safety, i.e., Article 2087 c.c., since it protects the same goods that are physical and moral integrity³⁰. It is important to specify that Art. 2087 c.c., namely the most important rule in the prevention system, is not formally

27 L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *op. cit.*, pp. 223-224; F. BASENGHI, *La legge 339/1958*, cit., p. 208.

28 F. BIANCHI D'URSO, voce *Lavoro domestico*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, 1990, P. 1; M. MC BRITTON, voce *Lavoro domestico*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Utet, Torino, 1992, p. 225.

29 Article 2087 c.c. obliges the employer to protect the physical integrity and the personal morality of every worker, by adopting any necessary measures having regard to the nature of the work involved, experience and available technical knowledge. On the relation between Art. 6 and Art. 2087 see C. TIMELLINI, voce *Lavoro domestico*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2003, p. 581; L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 225.

30 As said, Article 2239 c.c. provides for the application (subject to verification of compatibility) of the general discipline of employment in the enterprise (Title II, Book V) to special employment relationships, but it excludes Section I of Title II concerning the entrepreneur, precisely including Art. 2087 c.c. See A. VALLEBONA, *Aspetti sistematici e profili di novità della sicurezza del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1996, I, p. 85.



applicable to domestic work, as it is a special employment relationship extraneous to the enterprise³¹.

However, despite the clear reference to Art. 2087, a reductive interpretation of Art. 6 with regard to the notion of working environment has been affirmed, in order to avoid the burdensome obligation of Art. 2087 for the domestic employer. The working environment is reductively understood as a “room”³², and not in the actual, broader, and complex meaning in the normal employment relationship³³. Therefore, compared to the employer's obligation under Art. 2087, a less onerous duty of health and safety protection is imposed on the domestic employer in view of the peculiar relationship, which is family-based and characterised by a high degree of trust³⁴. Whereas the entrepreneur is obliged to adopt the necessary protective measures in accordance with the state of the art of technological advances, the domestic employer is only obliged to ensure a working environment, conceived in the reductive sense of a room, that is not harmful. For sure, this strict interpretation appears to be consistent with the nature of domestic work, as it would be illogical to extend to families a dynamic obligation as that of conforming to the state of the art under Art. 2087, inherent in the business and in updating and modernising production processes³⁵. According to several authors, the domestic worker's right to health is not compromised but adequately protected by Law No. 338³⁶. In this sense, the employer must provide a non-harmful environment and undertake to provide working tools appropriate to commonly accepted safety standards; failing this, the employee is entitled to refuse the working performance without losing pay³⁷, or to resign due to an employer's behaviour that does not consent to continue collaboration between parties even on a temporary basis³⁸.

31 The reductive interpretation of the working environment appears also from the limitation of cohabitation in Article 6, requiring a commitment to board and lodging. See F. BASENGHI, *Il lavoro domestico*, cit., p. 239.

32 L. MONTUSCHI, voce *Ambiente di lavoro*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., I, Utet, Torino, 1987, p. 86 says that «Quando si parla di “ambiente di lavoro” non si intende (...) individuare semplicemente il luogo della prestazione (...), bensì descrivere il sostrato materiale nel quale si svolge la prestazione», meaning that the notion of working environment refers to the material substrate in which the work performance takes place. See this quotation in F. BASENGHI, *Il lavoro domestico*, cit., p. 238.

33 F. BASENGHI, *La legge 339/1958*, cit., 207-208.

34 C. TIMELLINI, *op. cit.*, p. 581; L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 226; for the concept of a static obligation for the domestic employer see F. BASENGHI, *Il lavoro domestico*, cit., pp. 241-242.

35 F. BASENGHI, *Il lavoro domestico*, cit., pp. 242-243; C. TIMELLINI, *op. cit.*, p. 581; P. DE VITA, *Come è cambiato il lavoro domestico*, cit.

36 Exception of non-performance *ex* Art. 1460 c.c. See F. MONTUSCHI, *La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 384.

37 Termination for just cause *ex* Art. 2119 c.c. See G. SUPPIEJ, *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, p. 445.

38 F. BASENGHI, *Il lavoro domestico*, cit., pp. 238-239.



Actually, as observed by Basenghi³⁹, a different interpretation of Article 6 would have been possible due to the constitutional right to health (Art. 32 Const.), as a fundamental and prominent value. The expression working environment would have acquired a different and broad meaning, and the employer's obligation *ex* Art. 6 would have been as open as that under Art. 2087 c.c.⁴⁰. Consequently, the obligation would no longer have depended on the case of the commitment of board and lodging. In this perspective, the extension of 2087 to the sector, after evaluation of the compatibility criterion, is also supported by the Constitutional Court's judgement No. 94/1986 stating that the exclusion of the rules applied to the work within the enterprise to the special employment relationship *ex* Art. 2240 c.c. can no longer be affirmed in the new Constitutional legal framework⁴¹.

There have been many opportunities for the legislator to remedy the lack of prevention protection applied to domestic workers over time, but the legislator has always confirmed the exclusion.

The first opportunity to modify the OSH subject for the better is offered by the transposition of the European Directive on safety and health of workers at work (89/391/EEC) that, as said, does not apply to domestic workers but, at the same time, does not prevent more favourable national legislation. Italy, in the legislative decree No. 626/1994 implementing the directive, confirms the European choice by excluding from the scope of the decree domestic workers (Art. 2, par. 1, letter a.)⁴². According to the Court of Cassation⁴³, the exclusion of domestic workers from the Decree does not entail the implicit repeal of the previous legislative provisions on the subject, such as the Presidential Decree No. 547/1955 on the prevention of accidents at work⁴⁴, which remained fully in force.

The Legislative Decree No. 81/2008, which reorganised in a consolidated text the national legislation on workplace health and safety, confirms the decision to exclude domestic work from general health and safety protection (Article 2, par. 1, letter a). Actually, the consolidated act's *ratio*, as demonstrated precisely by the same Article, is to protect all workers who carry out a work activity within the organisation of a public or private employer, regardless of the contractual type (for instance self-employed persons). Article 3, paragraph 8, reiterates the exclusion, by extending the regulation to occasional or casual work but not to small domestic work of an extraordinary nature.

39 For the application of Article 2087 c.c. to domestic work see C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 76; R. ROMEI, *Il campo di applicazione del decreto legislativo 626 del 1994 e i soggetti (art. 1, 2, 3)*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997.

40 L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 225.

41 L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 235.

42 Court of Cassation, No. 4464/2003; in favour of the judgement see L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 236; *contra* see P. DE VITA, *Com'è cambiato il lavoro domestico*, cit.

43 The Decree applied to employees (Art. 1) but did not exclude from the application the domestic workers (Art. 2).

44 ADAPT (a cura di), *La tutela del lavoro domestico nel nuovo Testo Unico sulla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Dossier Adapt, Osservatorio Nuovi lavori, nuovi rischi, 2 luglio 2009, n. 7, p. 9; L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 238.



The legislator's intention is therefore very clear and does not allow for different interpretations, in the light of the unclear paragraph 8 of Article 3, whereby it could be deduced that the regulation applies to domestic workers, hired under an occasional employment contract, but engaged in work of an ordinary nature. Such an interpretation would not be consistent with the choice of the legislator *ex* Article 2 to exclude domestic workers who do not perform the work in the enterprise⁴⁵.

The unjustified⁴⁶ exclusion is aggravated by the explicit and complete repeal of d.P.R. No. 547/1955, which was deemed applicable to domestic workers by the case-law even after the decree No. 626/1994. The deleted provisions were recovered in the technical annexes to the decree, but the exclusion provided by Article 2, letter a, does not allow to still apply them to domestic workers⁴⁷.

This exclusion represents a serious gap in the protection of domestic workers' safety and health and, consequently, could present profiles of unconstitutionality with reference to the principle of equality in Article 3 and the protection of health in Article 32 of the Italian Constitution⁴⁸. Moreover, it contradicts the underlying rationale of the legislation, which does not apply only to the subordinate employment relationship, but to all workers who work for others. The domestic nature of the employer, then, and the minimal organisation in which the domestic work is included, should have affected not the *an* of the protection, so its existence, but the *quantum* and *quomodo*, namely the protection's modalities⁴⁹.

In support of this interpretation, reference is also made to Article 1 of the Enabling Act No. 123/2007, according to which the legislation applies to all activities, sectors, and risks, considering the peculiarities or specific dangerousness of the risks and the specificity of sectors and work areas⁵⁰. And precisely the working environment, which represents the distinctive element of the domestic employment relationship, entails several typical health and safety risks, albeit different from the risks of a company.

Drawing the conclusions of the national framework, Article 6 of Law 338/1958 represents the unique health and safety provision applying to domestic workers. Law 338/1958 is an ancient act, clearly designed for an employment relationship marginal at the time, both economically and socially⁵¹. Article 1 of d.P.R. No. 1403/1971 provides paid domestic workers with insurance protection against accidents at work⁵², maternity insurance, disability, old age, and surviving insurance.

45 C. LAZZARI, *Sicurezza sul lavoro e Covid-19. Appunti per una prospettiva di genere*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, n. 1, p. 15.

46 L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 240.

47 *Ibidem*.

48 *Ivi*, p. 242; C. LAZZARI, *op. cit.*, p. 15.

49 *Ivi*, pp. 240-242.

50 *Ivi*, p. 227; C. LAZZARI, *op. cit.*, p. 16.

51 Even if domestic work is not included in Article 1 of d.P.R. No. 1124/1965, which is the consolidated text on compulsory insurance against accidents at work and occupational diseases.

52 S. BORELLI, *Who cares? La (mancanza)*, *cit.*, p. 663.



Before shifting to the most recent legislation, it is important to state that the protection of safety and health at work for domestic workers does not improve in the case of casual work⁵³. The current discipline is that of the so-called «*Libretto Famiglia*» or Family Record Book, introduced by Law Decree No. 50/2017 (Art. 54-*bis*, par. 10)⁵⁴. Individuals can purchase, through the INPS platform, a pre-funded nominative booklet for the payment of occasional services rendered by one or more providers in the context of a range of activities: small domestic work, including gardening, cleaning, or maintenance work; home care for children and sick or disabled persons; supplementary private teaching. Paragraphs No. 2 and 3 provide these workers with disability, old age and surviving insurance, insurance protection against accidents at work and occupational diseases (d.P.R. No. 1124/1965), and the right to daily rest, breaks and weekly rest periods. Paragraph No. 3, for the purposes of protecting workers' health and safety, refers to Article 3, paragraph 8 of D. Lgs. No. 81/2008 that, as said, applies to casual work but not to small domestic work of an extraordinary nature.

3.1 The National Legal Framework: The Recent Legislation

Health and safety gaps for domestic work inevitably re-emerge with the pandemic emergency, even more so taking into consideration that domestic workers are subject to a high or medium-high risk of Covid-19 contagion⁵⁵, by performing tasks that do not allow social distancing. Domestic workers contribute managing the emergency and avoiding its worsening, taking care of vulnerable people like the elderly as well as children (following the forced closure of schools)⁵⁶.

Nevertheless, there are not many relevant OSH measures.

Article 16 of Law Decree 18/2020 («*Decreto Cura Italia*»), as amended by Article 66 of Law Decree 34/2020 («*Decreto Rilancio*»), requires the employer to provide domestic workers with masks, as it specifies that masks are considered personal protective equipment for all workers and volunteers, both medical and non-medical, including domestic workers, who are unable to maintain a social distancing of one metre during the activity performance⁵⁷.

53 The decree also introduces casual work, which can be used by entrepreneurs, professionals, legal entities, and public administrations. The Decree aims to fill the gap left by the previous repeal of casual work and to regularise services normally not declared. (The legal qualification of casual work is irrelevant for the purposes of the applicable discipline; this type of work is defined exclusively based on income requirements).

54 Domina Osservatorio Nazionale sul Lavoro Domestico, *Il lavoro domestico e l'emergenza COVID-19. (Estratto del Rapporto annuale sul lavoro domestico 2020)*, Dossier 12, p. 66; INAIL, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, Aprile 2020; C. DE MARTINO, *Chi bada alle badanti?*, cit., 70; G. PICCO, *op. cit.*, p. 148.

55 In this sense, paragraphs No. 8 and 9 of Article 23, and paragraph No. 3 of Article 25 of the Law Decree No. 18/2020 provide bonuses for acquiring babysitting services through the mentioned Family Record Book. See S. BORELLI, *Who cares? La (mancanza)*, cit., pp. 666-667.

56 C. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 70; C. LAZZARI, *op. cit.*, p. 16.

57 In 2020, the first vaccine plan did not include caregivers. Regarding the 2021 vaccines plan, including domestic workers, see the positive comment of the employer's association Assindatcolf on the page of the newspaper Repubblica.it, March 14th, 2021.



In addition, according to the national strategic plan for vaccines (the Ministerial Decree of 12 March 2021), cohabiting family members and caregivers who provide free or contracted continuous care to severely disabled persons (pursuant to Law 104/1992, Art. 3, par. 3⁵⁸) are classified as priority categories for vaccination.

Therefore, during the emergency phase, the legislator paid more attention to domestic work, even if minimal.

The negative trend on OSH for domestic workers continues even in the most recent legislation, in particular in the so-called «Labour Decree» No. 48/2023. In fact, the draft decree provided that domestic workers (as defined by Law No. 339/1958) could request to be subjected to health surveillance under Article 41, D. Lgs. 81/2008⁵⁹ at INAIL's territorial structures, without any costs for the employer. However, the Decree's final version excludes this measure, along with other favourable measures for domestic workers⁶⁰.

The legislator's serious lack of attention to domestic work continues, despite the awareness of the absence of safety and health protection and the high accident rate in the sector, as demonstrated in the Illustrative Report on the Italian draft labour decree⁶¹

As for the protections provided for by collective bargaining, reference should be made to the national collective agreement of reference for the sector, NCBA domestic work or *Fidaldo*, renewed on 8 September 2020⁶². Article 28 merely provides for the employee's right to a safe and healthy working environment, as affirmed by law. To this end, the employer is obliged to ensure the presence of a residual current circuit breaker on the electrical installation. The employer shall ensure that the worker is informed of any risks existing in the working environment, also relating to the use of work equipment, including telematic and robotic tools, and exposure to chemical, physical and biological agents. On the other hand, there are no training obligations regarding safety in the workplace, as required by ILO Recommendation No. 201 (point 19, letter e). The joint bilateral body Ebincolf, according to Article 48, can establish a specific institution to analyse and study the safety matter, as well as promote information about security.

With reference to the Covid-19 pandemic, the 2020 shared protocol to contain the contagion signed by social partners does not provide any measures for domestic workers⁶³.

58 For instance, Article 41 includes preventive medical examination to ascertain contraindications to work and assess the worker's suitability for the job, and periodic examinations to check the worker's state of health.

59 The increase of the deductibility of social security contributions, reducing the labour tax wedge (with related wage growth) and the hiring incentives.

60 Pp. 86-87.

61 The agreement is signed by the federations belonging to the main national confederations (Filcams-CGIL, Fisascat-CISL, UILTuCS), by an important trade union (Federcolf), and the most active employers' associations (Fidaldo and Domina). For major details on this agreement and other agreements see S. BORELLI, *Who cares? Il lavoro*, cit., pp. 170-190.

62 "Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19", signed on March 2020.

63 See, *supra*, § 1.

4. Platform-Mediated Domestic Work: Improving Working Conditions or Amplifying Existing Inequalities?

As stated before, domestic and care work gives the opportunity to deepen the protection of safety and health at work for new forms of work such as platform work⁶⁴. In fact, the so-called “on-demand economy” and, thus, digital labour platforms are spreading also to sectors such as household services and healthcare (in this sense there is talk of «Uber-isation of Care»⁶⁵). However, in the political and academic⁶⁶ debate, as well as in the case law⁶⁷, the attention is mainly given to “riders” within the transportation and food-delivery sectors, without considering the significant spread of platforms in a vulnerable labour market segment such as domestic work⁶⁸. In all these cases, the platforms’ functioning is similar. In the “work-on-demand via app”, in fact, traditional work activities like transport and cleaning, carried out locally, are managed online by platforms. Conversely, in the so-called “crowdwork”, online platforms assign to a crowd of operators easy or difficult job tasks to be completed online. Beyond this useful but not rigid dichotomy, in any case, digital platforms quickly match labour supply and demand, minimising transaction costs as well as labour costs as workers are usually classified as independent contractors⁶⁹.

64 A. TROJANSKY, *Towards the “Uber-isation” of Care?*, cit.

65 V. DE STEFANO, *Introduction: crowdsourcing, the gig-economy and the law*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2016, vol. 37, No. 3, pp. 1-10.

66 See, *ex multis*, G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, in *Diritto delle Relazioni industriali*, 2021, n. 1, 111; M. BIASI, voce *Lavoro digitale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – sezione Commerciale*, Aggiornamento IX, Utet, Torino, 2022, p. 259.

67 On this issue see P. NICASTRO, *I mercati digitali del lavoro. Lavoratori delle piattaforme – Evidenze sui dati Inapp-Plus*, Presentazione presso l’XI Commissione Lavoro pubblico e privato della Camera dei Deputati, 25 Settembre 2019; F. FLANAGAN, *Theorising the gig economy and home-based service work*, in *Journal of Industrial Relations*, 2019, vol. 61, No. 1, p. 66; F. CAPPONI, *Servizi alla persona: il caso dei lavoratori domestici e dell’assistenza domiciliare via App*, in *Bollettino ADAPT*, 2020, n. 39; S. BORELLI, *Who cares? La (mancanza)*, cit., p. 669; I. PAIS, *Le piattaforme di lavoro domestico: il caso Helpling*, in I. PAIS-A.M. POLLENZINI (a cura di), *Il tassello mancante. L’intervento organizzativo come leva strategica per la transizione tecnologica*, Fondazione Giacomo Feltrinelli, Milano, 2021.

68 On the distinction between the work-on-demand via app and the crowdwork, but also the similarities justifying a joint analysis of the phenomenon, see V. DE STEFANO, *Introduction: crowdsourcing, the gig-economy and the law*, cit., *passim*; M. BIASI, *op. cit.*, pp. 267-268; on the distinction between the digital platforms, under the term of crowdwork, see A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bononia University Press, Bologna, 2019, pp. 5-21.

69 A. HUNT-F. MACHINGURA, *A Good Gig? The rise of on-demand domestic work*, ODI Working Paper, n. 7/2016; A. TROJANSKY, *“Uber-isation” of care?*, cit.; J. FUDGE-C. HOBDEN, *Conceptualizing the role of intermediaries in formalizing domestic work*, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, Conditions of work and employment series No. 95, International Labour Office, Geneva, 2018, specifically p. 14. On the ambivalent role of domestic cleaning platforms, especially for minority and migrant workers, see N. VAN DOORN, *Stepping stone or dead End? The ambiguities of platform-mediated domestic work under conditions of austerity. Comparative landscapes of austerity and the Gig economy: New York and Berlin*, in D. BAINES-I. CUNNINGHAM (ed.), *Working in the Context of Austerity. Challenges and Struggles*, Bristol University Press, Bristol, 2021, pp. 49-69.



In the case of domestic work, an important element to be stressed is that platforms intervene in a sector that is characterised by informal and undeclared work and, consequently, the lack of basic labour protections. From this point of view, digital platforms represent an opportunity to exclude undeclared and informal work, formalise the employment relationship and improve working conditions. At the same time, as with many other work platforms, it is not clear whether platforms can improve working conditions or, conversely, worsen existing challenges and inequalities⁷⁰.

This paragraph, by linking domestic work to platform work, aims to shed light on the phenomenon and offer insights into occupational safety and health for platform-mediated domestic workers⁷¹.

In the case of platform-mediated work, the regulation of occupational health and safety depends on the legal qualification of the employment relationship between the worker and the platform⁷². Based on the modalities of work performance and organisation, and the greater or lesser impact of the platform on these aspects, platform workers can be classified as employees or, on the contrary, self-employed, with obvious consequences for the application of OSH national regulation.

As in most cases, platforms act as marketplaces, namely mere intermediaries⁷³ matching the worker and the client, without any obligation towards workers. In this connection, it is interesting to mention a ruling by the court of Amsterdam of 21 September 2021 qualifying the relationship between *Helpling*, a leading marketplace in household and care services, the staff entrusted with care and cleaning services in the home and the user families, as labour supply⁷⁴. The relationship between the platform, users and workers is tripartite, with the employment agency placing workers at the disposal of users. Consequently, the platform acts as an

70 On the specific aspect of health and safety at work for platform workers see A. DELOGU, *Salute, sicurezza e “nuovi” lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell’industria 4.0*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2018, n. 2, p. 37; M. LAI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali: quali tutele?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, n. 2, p. 6; see also the report by European Agency for Safety and Health at Work (EU-OSHA), *Digital platform work and occupational safety and health: overview of regulation, policies, practices and research*, 2022.

71 On the classification of platform workers see, *ex multis*, A. TODOLÍ-SIGNES, *The “Gig Economy”: Employee, Self-Employed or the Need for a Special Employment Regulation?*, in *Transfer: European Review of Labour and Research*, 2017, vol. 23, issue 2, pp. 193-205.

72 In general, on the typology of intermediaries and their potential impact on formalising domestic work and providing decent work for domestic work see J. FUDGE-C. HOBDEN, *op. cit.*, *passim*.

73 See the comment by I. TAGLIABUE, *Lavoro di cura e piattaforme digitali: note a margine di una sentenza del Tribunale di Amsterdam*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2022, n. 1, XXXII, p. 355.

74 Article 38 is about illegal job supply and provides, consequently, that the workers are considered as employed by the user; while Article 35 is about workers’ protection, equal treatment and joint and several liability between the supplier and the user. Regarding health and safety, according to Article 35, par. 4, the information and training obligations on the risks and the work equipment, as required by Decree No. 81/2008, are the responsibility of the agency, unless otherwise provided for in the contract which places the obligation on the user. The user shall comply with the same obligations of prevention and protection imposed by law and collective agreements towards its own employees.



employment agency, endowed with typical powers and prerogatives such as control over economic transactions between workers and users. Instead, the user's power to supervise and organise the work performance does not determine the existence of a direct employment relationship with the service provider.

This case is relevant to the purpose of this essay because, at the national level, the recognition of platforms as supply agencies would result in the application of employment protections to workers, even if there could be some obstacles linked to the peculiar nature of domestic work. In this sense, the National Labour Inspectorate (INL) note of 21 June 2017, No. 5617 specifies that in the case of illegal job supply and non-authorized agencies, the administrative penalty applies only against the agency and not against the private family user who, therefore, will not be liable under Articles 35 and 38 of Legislative Decree 81/2015⁷⁵. Therefore, the peculiarity of domestic work, namely the weak economic and social position of families, would affect the joint and several liability between the supplier and the user, the workers' protection and the platforms' burdens⁷⁶.

Looking at the reality of the on-demand economy, almost all platforms operating in Italy present themselves as mere intermediaries between labour supply and demand. Some of them suggest the formalisation of the employment relationship between the worker and the family through the domestic work contract or the casual contract⁷⁷.

Yoopies presents itself as a matching platform operating in the sector of personal services like babysitting, home-care activities, cleaning, tutoring, and pet setting. The platform discourages undeclared work and encourages all its users to request or propose a regular employment contract, in order to have a safe working environment. The platform provides a permanent employment contract template, and among the necessary information to sign the contract, there is the certification of fitness to work following a medical examination whose costs shall be paid by the employer. Moreover, the platform explains how to pay casual workers through the Family Record Book. The Italian website gives information on Covid-19 safety issues and suggests preventive measures⁷⁸.

75 S. BORELLI, *Who cares? La (mancanza)*, cit., pp. 669-670; I. TAGLIABUE, *Lavoro di cura*, cit., pp. 359-360.

76 S. BORELLI, *Who cares? La (mancanza)*, cit., p. 670, according to which the family record book is not well suited to the platforms' business model, since payment is not direct but made through the INPS portal.

77 European Commission, *Exploratory study of consumer issues in online peer-to-peer platform markets Task 4 – Case study: Yoopies*, Directorate-General for Justice and Consumers EU Consumer Programme, February 2017.

78 In general, on gig economy and trade unions see M. FAIOLI, *Jobs "App", Gig economy e sindacato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, n. 2, p. 291; for a sociological perspective and a focus on the obstacles to the representation of platforms workers, see H. HEILAND, *Workers' Voice in platform labour: An Overview*, WSI Study, No. 21, Hans-Böckler-Stiftung, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI), Düsseldorf, 2020; on challenges for collective bargaining and unionisation in the domestic work sector and the gig economy see N. SEDACCA, *Domestic work and the gig economy*, in V. DE STEFANO-I. DURRI-C. STYLOGIANNIS-M. WOUTERS (Eds.), *A Research Agenda for the Gig-Economy and Society*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022, pp. 149-166.



Le Cicogne is a platform for the matching of clients and babysitters. It offers the possibility of formalising the employment relationship with a regular full or part-time contract, or a fixed-term employment contract. It takes care of the administrative management of the employment relationship relating to payment, severance pay, and holidays. Each contract includes INAIL insurance to cover the worker.

Badacare is a platform facilitating the search for employment in the elderly care sector. It offers support to clients in the administrative management of the employment relationship and provides them with information about the domestic work contract (permanent or fixed-term, full-time or part-time) and the collective agreement. Moreover, the platform provides training courses to workers in order to increase knowledge in elderly care work.

Helping presents itself as Europe's leading marketplace for household and cleaning services. The website specifies that all registered cleaners are self-employed, and liability insured with a liability insurance which covers all damages up to € 5,000.000 with a deductible of € 500. For damages below this amount, clients can directly reach out to the cleaner involved and align with them on the compensation. The website does not provide any relevant information on safety and health, except for guidelines for risk management from Covid-19 and a training webinar for workers. On a voluntary basis, workers could indicate their vaccination status on their personal profile.

From this brief excursus on platforms' examples, it can be deduced that all the platforms are mere intermediaries, with no obligation to protect workers' health and safety. In general, there are no forms of trade union aggregation for platform workers nor workers' safety representatives⁷⁹. Anyway, platforms voluntarily implement OSH-related measures, including transparency, information, and training. Therefore, the reality of technological evolution and platforms could be beneficial to domestic workers to a small extent.

At present, on the one hand, the gig economy can represent an opportunity to reduce the amount of illegal work and improve transparency and recruitment conditions in a critical sector like domestic work. On the other hand, the gig economy could add to the sector its own issues, namely a new labour market tool to exploit workers without protections and compliance with national regulations on work's legal classification or labour supply. In this framework, to grasp the potential opportunities of platforms, it is important to regulate the sector, for instance by introducing safety burdens and obligations for labour intermediaries, regardless of the contractual qualification⁸⁰, or through specific legislation such as the European Commission Proposal for a Directive on improving working conditions in platform work, concerning the introduction of a legal presumption of employment status⁸¹.

79 In this sense, A. DELOGU, *op. cit.*, pp. 44-46.

80 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work, Brussels, 9.12.2021 COM(2021). For a comment see V. De Stefano-A. Aloisi, European Commission takes the lead in regulating platform work, in *Social Europe*, 9 December 2021; V. De Stefano, The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work: an overview, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2022, vol. 15, No. 1, pp. 1-11.

81 See in this sense the proposals by EFFAT, What can the EU do to improve domestic workers' conditions?, *cit.*, and the 2022 European Parliament Resolution on a common European action on care.



5. Conclusions

To conclude, domestic workers' health and safety protection arises both at the international and European level as well as at the national level.

At the European level, one possible measure to strengthen domestic workers' occupational health and safety protection could be extending the scope of the Framework Directive of 1989 by including domestic workers, as well as extending social dialogue in the personal and household services sector⁸².

Moreover, it is fundamental to take into account the «*additional challenges related to the increasing share of platform work in the care sector*» and, in this sense, the mentioned 2022 European Resolution recommending decent working conditions for all workers in the care sector, «*stresses that the European directive on platform work and national legislation regulating platform economy should duly take account of the specific nature of care work, which would provide minimum standards for the quality of services and decent working conditions for workers*» (par. No. 82).

At the national level, the exclusion of domestic work from general health and safety regulation is to be contextualised in a different era, in which the role of domestic work was marginal. What was said at the beginning, i.e., the importance and diffusion of domestic work, also through digitalisation, the available data on accidents at work and the sector's risks, as well as the international and European indications, cannot but lead to a rethinking and renewal of the protection for domestic work. Specific regulation could be envisaged that considers the peculiarities of the working environment and domestic labour relations, the consequent specific risk-based prevention and protection requirements, and that imposes minimum health and safety rights and obligations on the parties⁸³. In other words, the specific elements that characterise the domestic labour relationship and have historically caused its exclusion from the general discipline should be enhanced to rethink the regulation and improve domestic workers' OSH protection.

82 L. ANGELINI-P. PASCUCCI, *op. cit.*, pp. 242-243.

83 The essay is a reworking of the speech given at the seminar *Recent regulatory trends of HSE and the Workers' Statutes. The impact of National Legislations on the New Forms of Work*, held in Sapienza University of Rome in October 2023, 19th.



GIUSTA RETRIBUZIONE E CONTRATTO COLLETTIVO TRA COSTITUZIONE E DIRITTO EUROPEO

Stefano Bellomo

Professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università Sapienza di Roma

Abstract [It]: La frammentazione della rappresentanza imprenditoriale e dei lavoratori ha comportato la proliferazione di contratti collettivi orientati al ribasso salariale. La Corte di Cassazione è, quindi, intervenuta chiarendo come il giudice sia tenuto a verificare la conformità del trattamento retributivo ai principi costituzionali anche se il contratto collettivo è sottoscritto da sindacati comparativamente più rappresentativi, utilizzando altresì indici alternativi per valutare la sufficienza e la proporzionalità del salario. Tutto questo ha portato ad un acceso dibattito scientifico, nonché al susseguirsi di numerose proposte legislative in materia di salario minimo legale, tra cui da ultimo il disegno di legge approvato alla Camera e contenente «Deleghe al Governo in materia di retribuzione dei lavoratori e di contrattazione collettiva nonché di procedure di controllo e informazione».

Abstract [En]: *The fragmentation of both employer and worker representation has led to a proliferation of collective agreements geared towards lowering wages. Therefore, the Court of Cassation intervened, clarifying that the judge is required to verify the conformity of the remuneration to the Constitution even if the collective agreement is signed by comparatively more representative unions, also using alternative indices to assess the sufficiency and proportionality of the salary. All of this has led to a lively scientific debate, as well as the emergence of numerous legislative proposals regarding the legal minimum wage, including the latest bill approved by the Chamber of Deputies containing «Delegations to the Government on the remuneration of workers and collective bargaining as well as control and information procedures».*

SOMMARIO: 1. Gli ultimi discussi passaggi parlamentari in tema di rafforzamento delle tutele retributive. – 2. La crisi della funzione parametrica del contratto collettivo nell'applicazione giudiziale dell'art. 36 Cost. – 3. Segue. I più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità. – 4. Dibattito scientifico e progettualità legislativa in materia di salario minimo legale. – 5. Le soluzioni prefigurate dall'emendamento di maggioranza al testo del disegno di legge unificato. – 6. L'ineludibile coesistenzialità di un intervento regolativo in tema di delimitazione dei perimetri contrattuali e di efficacia dei contratti collettivi. Il nodo insuperabile del raccordo con l'art. 39 Cost.

1. Gli ultimi discussi passaggi parlamentari in tema di rafforzamento delle tutele retributive



Lo scorso 6 dicembre si è consumato l'ennesimo episodio della complessa trama sviluppatasi negli ultimi anni attorno alla questione dei minimi salariali, con l'approvazione alla Camera della proposta di legge contenente «*Deleghe al Governo in materia di retribuzione dei lavoratori e di contrattazione collettiva nonché di procedure di controllo e informazione*» (ossia il testo unificato delle proposte di legge in tema di salario minimo discusse in Commissione nel corso dell'ultima legislatura, come integralmente riscritto dal c.d. maxi emendamento governativo).

Si tratta di un'iniziativa legislativa che, come noto, si colloca nell'ambito di un più vasto scenario che coinvolge, oltre agli interlocutori politici che si fronteggiano nelle assemblee legislative, le istituzioni dell'Unione Europea (interventive in materia con la Direttiva 2041/2022¹) e, come avviene costantemente da più di settanta anni, la magistratura: quest'ultima, in difetto di soluzioni legislative orientate alla quantificazione per via eteronoma della giusta retribuzione, ha storicamente e notoriamente operato come la più elevata autorità preposta non solo a garantire l'effettiva osservanza ma anche a provvedere al concreto riempimento di significato del precetto sancito dal primo capoverso dell'art. 36 Cost²

Ma l'attore apparentemente più discreto (almeno nel periodo più recente) ed al contempo più camaleontico e rivelatosi capace di repentini mutamenti di ruolo va identificato nel sindacato. Espressione riassuntiva che, declinata al singolare, certamente non è idonea a ritrarre le varie componenti e "anime" di una galassia organizzativa i cui attori continuano in molti casi ad assolvere diligentemente il ruolo di elevatissima responsabilità sociale attribuitagli dall'ordinamento, ma per converso ed in un numero crescente di contesti si rivelano più inclini ad assecondare dinamiche di carattere concorrenziale (tanto con riferimento alla competizione associativa, quanto con riguardo agli intenti di ribasso economico) destinate a sfociare in preoccupanti e spiazzanti esercizi di *dumping* sociale³. Una commistione funzionale che non viene più rispecchiata dalla divisione tra attori negoziali virtuosi e soggetti di dubbia genuinità, dal momento che non è più purtroppo insolito che nelle diverse sedi ad interpretare l'uno o l'altro ruolo siano gli stessi agenti contrattuali.

Alle radici del fenomeno del "lavoro povero"⁴ si situa infatti, accanto alla pervasività invadente delle dinamiche concorrenziali, quel corrispondente moto involutivo di frantumazione della rappresentanza, imprenditoriale⁵ e dei lavoratori, che ha a sua volta alimentato la proliferazione dei contratti collettivi sino all'abnorme numero di quelli istituzionalmente censiti; contratti in moltissimi casi destinati a trovare applicazione in ambiti

1 Con riferimento alla quale va richiamato il documento CNEL su *Elementi di riflessione sul Salario Minimo in Italia*, approvato (a maggioranza) dall'Assemblea del Comitato lo scorso 12 ottobre.

2 S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro (Roma, 29-30 maggio 2014)*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 99.

3 C. ZOLI, *Giusta retribuzione e lavoro povero*, in *Var. temi dir. lav.*, numero speciale su *Il lavoro povero in Italia: problemi e prospettive*, 2022, p. 7 ss.; G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, BUP, Bologna, 2020, spec. p. 200 ss.

4 A. OCCHINO, *Povertà e lavoro atipico*, in *Lavoro e dir.*, 2019, pp. 113-114.

5 T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *Biblioteca 20 Maggio*, 2019, p. 142; T. TREU, *Salario minimo: Estensione selettiva dei minimi contrattuali*, in *Biblioteca 20 Maggio*, 2022, pp. 211-212



pienamente o parzialmente sovrapponibili (come in determinate aree del comparto multiservizi) ed incanalati in una apparentemente irrefrenabile corsa al ribasso, i cui risultati eclatanti sono stati fatti oggetto di analisi e di censura, alla luce del raffronto con indicatori esterni inequivocabilmente attestanti la loro inadeguatezza (prima fra tutti la soglia di povertà assoluta periodicamente calcolata dall'Istat), dai sempre più isolati "garanti" giudiziari.

2. La crisi della funzione parametrica del contratto collettivo nell'applicazione giudiziale dell'art. 36 Cost.

Questi ultimi, si diceva, hanno storicamente assunto, quali primi e normalmente più attendibili parametri orientativi per la quantificazione della giusta retribuzione, il contratto collettivo⁶ che, anche se non concretamente applicato dall'imprenditore per mancata affiliazione all'associazione stipulante, per difetto di volontà ovvero in conseguenza della decisione di applicare un contratto collettivo destinato ad un diverso ambito di applicazione fosse univocamente individuabile come quello (ossia l'unico) corrispondente all'attività effettivamente esercitata⁷. Raffronto che quindi presupponeva l'agevole individuabilità del contratto parametro all'interno di un sistema contrattuale ordinato ed organico, sebbene autoregolato dagli attori del sistema di relazioni industriali.

Tale organicità è ormai gradualmente venuta meno⁸, con la conseguenza che la ricerca del più attendibile riferimento all'interno di quella che ben può meritare il romanzesco e metaforico richiamo alla definizione di giungla o palude contrattuale o di un teatro delle ombre in cui è sempre più difficile distinguere la sostanza – ossia l'autentica attendibilità sociale degli attori contrattuali e dei relativi prodotti negoziali – dall'evanescente apparenza del possesso di tale qualità, è divenuta un'operazione sempre più incerta e dagli esiti spesso opinabili.

Né può dirsi che i precedenti tentativi legislativi di arginare tali derive attraverso l'imposizione di criteri selettivi destinati ad orientare la scelta del contratto collettivo da applicare (cfr., tra i molti riferimenti, l'art. 51 del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81) ovvero volti all'utilizzo di tali criteri ai fini dell'individuazione di adeguati parametri retributivi (come stabilito per i soci lavoratori di cooperative dall'art. 7, comma 4, del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 2008, n. 31) abbiano sortito effetti risolutivi o abbiano quanto meno apportato correttivi alle più gravi distorsioni alimentate da tale involuzione del quadro di relazioni industriali nel nostro Paese.

Ciò in primo luogo perché la nozione di rappresentatività comparata, nonostante tale formulazione si appresti di qui a poco a celebrare il suo trentennio dall'introduzione nel lessico

6 M. MARTONE, *Retribuzione e struttura della contrattazione collettiva*, in *La retribuzione. Atti del XIX Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro Palermo, 17-19 maggio 2018*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 12 ss.; P. PASCUCCI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, in *La retribuzione. Atti del XIX Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*, cit., p. 98.

7 In questi termini, emblematicamente, Cass. 20 marzo 1997, n. 2665

8 Cfr. sul punto T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, pp. 773-774.



legislativo⁹, non ha mai ricevuto una chiara e “maneggevole” traduzione applicativa attraverso l’enucleazione di indicatori oggettivi e verificabili e di conseguenza non possiede una reale valenza selettiva.

In secondo luogo perché, in ragione di scelte di politica sindacale non pienamente lineari e condivisibili, le stesse organizzazioni sindacali storicamente considerate come grandemente e/o storicamente rappresentative, anziché contrastare la deriva pulviscolare della rappresentanza datoriale astenendosi dal riconoscimento dei nuovi e talvolta spregiudicati protagonisti di questa diaspora come controparti negoziali, ne hanno indirettamente legittimato le ripercussioni maggiormente regressive, accettando di sottoscrivere contratti collettivi “concorrenziali” rispetto a quelli applicati negli stessi settori di attività (e stipulati dalle medesime organizzazioni sindacali) e fornendo quindi il loro sostanziale avallo all’insostenibile discesa dei trattamenti salariali ben al di sotto dei livelli di dignità economica e sociale prefigurati dalla previsione costituzionale.

Ad accrescere il livello di intollerabilità di queste deviazioni rispetto all’assunzione di responsabilità sociale normalmente implicita nell’esercizio delle competenze negoziali del sindacato in materia salariale concorre l’elemento della frequente compartecipazione delle stesse istituzioni pubbliche. È noto, infatti, come siffatte situazioni di criticità spesso si verificano in settori caratterizzati dalla presenza rilevante o a volte esclusiva di istituzioni o altri soggetti pubblici quali stazioni appaltanti di servizi, le cui scelte appaiono tuttavia sovente improntate alla logica del massimo risparmio piuttosto che a quella della sostenibilità sociale¹⁰.

3. Segue. I più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità. – 4. Dibattito scientifico e progettualità legislativa in materia di salario minimo legale.

Una presa d’atto, lucida ed assieme estremamente problematica, delle accresciute incognite che condizionano l’intervento giudiziale di applicazione dell’art. 36 Cost. nel momento

9 Che risale, per quanto consta, all’art. 2, comma 25 della legge 28 dicembre 1995, n. 549 in materia di c.d. minimale contributivo ed a mente del quale «l’articolo 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria».

10 Va peraltro segnalato che il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 10530 dello scorso 5 dicembre, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione pregiudiziale della compatibilità dell’art. 95, comma 3, lettera a) del Codice degli Appalti Pubblici emanato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (a mente del quale «sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo...i contratti relativi... servizi ad alta intensità di manodopera», escludendo il ricorso al criterio del minor prezzo), con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea. Un principio analogo a quello, ora richiamato, dettato dal precedente Codice e la cui conformità al diritto europeo è stata revocata in dubbio dal Consiglio di Stato si rinviene nell’art. 108 del riformato Codice dei contratti ed appalti pubblici introdotto dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36



odierno, è contenuta nelle motivazioni delle sentenze dello scorso autunno¹¹ con le quali la Corte di Cassazione, esprimendosi su questioni già emerse in alcune assai commentate sentenze di merito¹², ha formulato alcuni principi di diritto al fine di adattare le modalità applicative dell'art. 36 Cost. alle complessità dei nuovi scenari.

In particolare, il Giudice di legittimità ha innanzitutto puntualizzato (esplicitando alcuni corollari già desumibili dai tradizionali insegnamenti del Supremo Collegio ma mai espressi così puntualmente prima d'ora), che anche nell'ipotesi in cui i soggetti firmatari del contratto collettivo siano in possesso di riconosciute credenziali di rappresentatività ed anche nel caso in cui il possesso di tale requisito sia imposto da speciali previsioni di legge (come accade per i soci lavoratori di cooperative), il giudice è comunque chiamato a verificare, su domanda del lavoratore, la rispondenza del trattamento retributivo ai criteri di proporzionalità e sufficienza fissati dalla previsione costituzionale. Così statuendo, la Cassazione ha in una certa misura circostanziato un precedente pronunciamento della Corte Costituzionale (sentenza n. 51 del 2015) la cui motivazione, la cui formulazione avrebbe potuto, letta al di fuori di un più ampio contesto sistematico, avallare l'idea di una sorta di presunzione assoluta della conformità all'art. 36 Cost. della retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative.

In secondo luogo, la Corte ha chiarito che indicatori alternativi come quello della soglia di povertà assoluta, certamente significativo ai fini della declaratoria di illegittimità delle clausole retributive che implicino una discesa al di sotto di tale limite (c.d. *pars destruens*), non esauriscono né si sostituiscono alla valutazione (*pars construens*) che il giudice è chiamato a svolgere tenendo conto non delle sole esigenze di pura sussistenza del prestatore di lavoro, posto che il «salario minimo costituzionale...deve essere proiettato ad una vita libera e dignitosa e non solo non povera, dovendo altresì rispettare l'altro profilo della proporzionalità».

Analogo giudizio, precisano le sentenze, può essere espresso con riguardo a parametri alternativi come «l'importo della Naspi o della CIG, la soglia di reddito per l'accesso alla pensione di inabilità e l'importo del reddito di cittadinanza; tutte forme di sostegno al reddito che fanno però riferimento a disponibilità di somme minime utili a garantire al percettore una mera sopravvivenza ma non idonei a sostenere il giudizio di sufficienza e proporzionalità della retribuzione».

Al fine di pervenire a questa quantificazione e – come sottolineato espressamente nelle sentenze – «di fronte alla situazione di crisi in parte nuova che si è venuta determinando» il Giudice è quindi tenuto a procedere alla ricerca del parametro più adeguato anche in esercizio dei poteri istruttori esercitabili d'ufficio e potendo far ricorso ad un diverso contratto collettivo corrispondente all'attività lavorativa svolta, se rinvenibile, da utilizzare come parametro.

11 Cfr. Cass. 2 ottobre 2023, n. 27711; Cass. 2 ottobre 2023, n. 27713; Cass. 2 ottobre 2023, n. 27769, nonché Cass. 10 ottobre 2023, n. 28320; Cass. 10 ottobre 2023, n. 28321; Cass. 10 ottobre 2023, n. 28323.

12 Cfr. App. Milano 13 giugno 2022, n. 579; App. Milano 13 giugno 2022, n. 580, con nota di F. DE GIULI, *Giusta retribuzione e funzione parametrica del contratto collettivo. L'eccezione conferma la regola?*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2023, p. 89 ss.; App. Milano 19 settembre 2022, n. 626; Trib. Torino 9 agosto 2019, n. 1128; e Trib. Milano 29 ottobre 2019, n. 2457, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 3 ss. con nota di S. BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*; Trib. Milano 22 marzo 2022, n. 673.



Inoltre, il giudice può motivatamente utilizzare parametri anche differenti da quelli contrattuali e motivare la pronuncia «*sulla natura e sulle caratteristiche della concreta attività svolta, su nozioni di comune esperienza e, in difetto di utili elementi, anche su criteri equitativi*».

Con riferimento a tali possibili indicatori e criteri alternativi, le sentenze si soffermano in particolare sui contenuti della direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nella Unione europea.

Quest'ultima, sebbene non imponga una specifica metodologia di quantificazione dei salari minimi, non enunci una ipotesi di quantificazione (anche perché la materia delle retribuzioni rimane esclusa dalle competenze delle Unione in applicazione dell'art. 153.5 del TFUE) e non vincoli l'Italia all'adozione di uno specifico piano d'azione in ragione dell'elevato tasso di applicazione dei contratti collettivi eccedente la soglia dell'80% fissata dall'art. 4.2 della stessa direttiva, fornisce alcune indicazioni utilizzabili, ad avviso della Cassazione, anche in sede giurisprudenziale; ciò con particolare riferimento all'eventuale raffronto con il valore di un paniere di beni e servizi stabilito a livello nazionale che tenga conto «*oltre alle necessità materiali quali cibo, vestiario e alloggio,della necessità di partecipare ad attività culturali, educative e sociali*».

Infine, e con tutta la relatività di un'indicazione che non può assumere una rilevanza stringente per la già segnalata limitazione di competenza normativa dell'ordinamento europeo, le sentenze riprendono il già citatissimo "considerando" n. 28 della direttiva 2041/2022 che richiama come possibili valori di riferimento «*il rapporto tra il salario minimo lordo e il 60% del salario lordo mediano e il rapporto tra il salario minimo lordo e il 50 % del salario lordo medio, valori che attualmente non sono soddisfatti da tutti gli Stati membri, o il rapporto tra il salario minimo netto e il 50 % o il 60 % del salario netto medio*».

Stante in ogni caso la latitudine e la non cogenza di tali indicazioni, abbinata alla vastità dei parametri e degli elementi indiziari ipoteticamente utilizzabili, gli ultimi interventi giudiziali accentuano certamente l'ampiezza del potere valutativo del giudice, corroborando l'impressione di un forte allentamento o relativizzazione della presunzione di conformità all'art. 36 Cost. dei trattamenti tabellari dei contratti collettivi, indipendentemente dai requisiti di rappresentatività dei sindacati stipulanti, i quali non risultano più di per sé indicativi della presumibile adeguatezza sociale dei corrispettivi negoziati¹³.

4. Dibattito scientifico e progettualità legislativa in materia di salario minimo legale

Anche alla luce delle crescenti incertezze che si addensano sulla tradizionale metodologia applicativa del principio costituzionale e soprattutto dell'incrinatura che sempre più vistosamente si va dilatando sul punto di giunzione tra determinazione giudiziale e contrattazione collettiva, dischiudendo spazi sempre più estesi alle forme più deteriori di *dumping* salariale¹⁴, gli ultimi anni hanno visto l'intensificazione degli studi e dibattiti dedicate

13 Estremamente chiara in tal senso suona la motivazione di Cass. 10 ottobre 2023, n. 28320 che sottolinea come «*fatte salve contrarie disposizioni normative (per esempio ai fini del c.d. minimale contributivo), il giudice è libero di selezionare il contratto collettivo parametro a prescindere dal requisito di rappresentatività riferito ai sindacati stipulanti*».

14 Cfr. M. MARTONE, *Retribuzione e struttura*, cit., 2019, p. 46 ss. e recentemente L. CORAZZA, *Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, n. 4, p. 1092 ss.



alle soluzioni alternative finalizzate all'irrobustimento della garanzia costituzionale del diritto alla giusta retribuzione mediante un apposito intervento legislativo.

Da parte di diversi studiosi ed esponenti politici nonché nel recente passato lo stesso legislatore (sia pure con le molte incertezze e titubanze che hanno accompagnato l'emanazione della legge delega 10 dicembre 2014, n. 2013 c.d. *Jobs Act* nella parte in cui aveva previsto – art. 1, comma 7, lett. g – l'«introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo» e che ne hanno alla fine determinato il mancato esercizio¹⁵) sono state elaborate diverse analisi e formulate numerose ipotesi progettuali, enunciate in diversi contributi scientifici¹⁶, declinate in diverse proposte di legge¹⁷ e dibattute sia negli ambiti accademici¹⁸ che nelle discussioni svoltesi in sede istituzionale, con particolare riferimento alle numerose audizioni svoltesi di fronte all'XI Commissione (Lavoro) della Camera dei deputati nel secondo semestre del 2023.

Le audizioni sono state svolte al fine di supportare la Commissione nell'esame delle diverse proposte presentate e ripresentate nel corso dell'attuale legislatura che, da un lato, si sono in prevalenza orientate nella direzione del più stretto raccordo tra la nozione legale di giusta retribuzione espressa dall'art. 36 Cost. e i trattamenti previsti dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, tentando (in termini, purtroppo, non pienamente soddisfacenti) di offrire soluzioni adeguate ai problemi connessi alla coesistenza di diversi contratti alle sovrapposizioni e sfasature tra differenti perimetri contrattuali.

Per altro verso, la maggior parte delle proposte di legge ha previsto in simultanea la fissazione di una soglia retributiva oraria minima (tra i nove e i dieci euro) destinata a rappresentare il primo gradino delle scale retributive. Quantificazioni, va sottolineato, che sono frutto di mere valutazioni politiche e sulla cui plausibilità e sostenibilità economiche diversi commentatori hanno espresso riserve, di merito e di metodo. Sotto il secondo versante è stato peraltro evidenziato che negli ordinamenti europei nei quali il salario minimo legale si è rivelato come una garanzia sociale di significativa efficacia (ad es. Germania¹⁹, Francia, Regno Unito) la fissazione dei relativi valori non viene compiuta direttamente dal legislatore ma è

15 Ci si permette di rinviare in argomento a S. BELLOMO, *Il compenso orario minimo: incertezze ed ostacoli attuativi dell'ipotizzata alternativa "leggera" al salario minimo legale*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 805 ss.

16 Si richiama in questa sede la proposta del gruppo di giuristi che fa riferimento alla rivista *Diritto Lavoro e Mercati*, *Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori* in *Dir. lav. mer.*, 2014, n. 1, p. 155 ss., *ivi* art. 5. In senso ricostruttivo cfr. P. PASCUCCI, *La giusta retribuzione*, cit., p. 146 ss.

17 Cfr. recentemente i d.d.l. S. 310, S. 658, S. 2107 e i p.d.l. C. 947 e C. 3439 depositati nel corso della XVIII° legislatura. Nella legislatura attuale (XIX°) sono state presentate otto proposte di legge alla Camera (p.d.l. C. 1275- 141-210-216-306-432-1053-1328) e un disegno di legge al Senato (d.d.l. S. 126) in materia di salario minimo.

18 Per una aggiornata ed accurata ricostruzione dei termini di tale dibattito cfr. A. SOMMA, *Abolire il lavoro povero*, Laterza, Bari, 2024, spec. p. 92 ss.

19 In senso critico sull'esperienza tedesca cfr. V. BAVARO, *Sul salario adeguato*, in *Lav. dir. eur.*, 2022, n. 2, p. 12 ss.



compito rimesso ad organismi o commissioni indipendenti (che in alcuni casi vedono anche la partecipazione dei rappresentanti delle parti sociali).

Tale “autoreferenzialità” di una valutazione politica sostanzialmente slegata dal contesto economico viene rispecchiata dal contenuto delle audizioni che, se da un lato hanno visto l’assunzione di posizioni distinte da parte dei molti esperti chiamati in audizione, hanno fatto registrare prese di posizione di forte perplessità quando non di aperta contrarietà coralmemente espresse da tutte le parti sociali nelle audizioni ed indagini conoscitive condotte in sede parlamentare²⁰.

Molte opinioni sono concordi nel riconoscimento dell’ipotetica coesistenzialità, quale necessaria appendice di un intervento legislativo di fissazione del salario minimo legale, di adeguate procedure di aggiornamento che tengano in considerazione le evoluzioni del quadro economico generale. Ma se ciò è vero, analoghe ragioni potrebbero essere dedotte a supporto dell’imprescindibilità, a monte della stessa *introduzione* di tale istituto, di un’adeguata valutazione «delle condizioni socioeconomiche nazionali», per riprendere il lessico della direttiva europea²¹ che includa, come è certamente necessario, la verifica della sostenibilità economica del salario minimo legale e del suo possibile impatto sui livelli occupazionali e sul sistema delle imprese.

In ogni caso e a dispetto del tendenziale orientamento favorevole alla fissazione di più esatte coordinate per l’individuazione del contratto-parametro, non pare che le diverse formulazioni sinora proposte prefigurino soluzioni efficaci rispetto all’attuale scenario di estrema frammentazione, con particolare riferimento alla costante incertezza e mutevolezza dei perimetri applicativi dei diversi contratti collettivi ed alla conseguente impraticabilità logica prima che giuridica di ogni omogenea valutazione di rappresentatività comparata.

In altri termini, la perdurante difficoltà, relatività e precarietà dell’individuazione dei “settori”, “categorie”, “ambiti” o “perimetri” contrattuali, come alternativamente ed in termini più o meno sinonimici vengono definiti nel linguaggio teorico, in quello della prassi e nella formulazione delle proposte di legge, rischierebbe di alimentare difficoltà applicative di assai difficile se non impossibile risolvibilità tali da vanificare gli intenti del legislatore, anche in considerazione dell’evidenza che vede proprio le aree di attività maggiormente afflitte dall’urgenza sociale del lavoro povero tra quelle più vistosamente caratterizzate dalla compresenza di diversi contratti collettivi²².

Né va trascurato, anche a prescindere da tali problematicità applicative, il profilo dei dubbi di costituzionalità che potrebbero essere avanzati nei confronti di una disposizione legislativa che pervenisse al riconoscimento della vincolatività anche della sola parte retributiva del

20 Con riguardo alle audizioni già svolte sul tema nel corso della passata legislatura, si veda il Dossier di Documentazione per l’XI Commissione (Lavoro) della Camera sulla Proposta di Direttiva relativa a salari minimi adeguati nell’UE. Cfr. altresì il riepilogo pubblicato in BollettinoAdapt.it, 31 agosto 2023, n. 5, *Le posizioni delle parti sociali sul salario minimo legale*.

21 Così il “considerando” n. 28 e si vedano anche precedenti nn. 26 e 27.

22 Così Cass. 2 ottobre 2023, n. 27711, par. 35, per cui «*si parla notoriamente di “lavoro povero”, ovvero di “povertà nonostante il lavoro”, principalmente dovuto, come si è detto, alla concorrenza salariale “al ribasso” innescata [...] in particolare dalla molteplicità dei contratti all’ interno della stessa contrattazione collettiva*».



contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative in rapporto all'art. 39, seconda parte Cost.

A riprova della prevedibilità della rimessione alla Corte costituzionale di tale questione è utile il richiamo al precedente della legge 14 luglio 1959, n. 741 ed alla sentenza²³ che, pur riconoscendone la costituzionalità nella veste di provvedimento temporaneo, ha dichiarato all'epoca l'incostituzionalità della proroga di quel provvedimento, che autorizzava il recepimento in appositi decreti delegati (allora d.P.R.) dei contratti collettivi «*al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti gli appartenenti ad una medesima categoria*», come esplicitamente statuito dall'art. 1 della legge n. 741.

Osservava in quell'occasione la Corte come «*l'art. 39...garantisce alle associazioni sindacali di regolare i conflitti di interessi che sorgono tra le contrapposte categorie mediante il contratto, al quale poi si riconosce efficacia obbligatoria erga omnes, una volta che sia stipulato in conformità di una determinata procedura e da soggetti forniti di determinati requisiti*» e proseguiva sottolineando come «*una legge, la quale cercasse di conseguire questo medesimo risultato...in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima...Né si può dire che la questione di costituzionalità, posta in questi termini, possa essere superata col richiamo alla norma contenuta nel primo comma dell'art. 36 della Costituzione*» in ogni situazione nella quale «*la legge abbia inteso di conferire e abbia in effetti conferito efficacia generale a contratti collettivi e ad accordi economici con forme e procedimento diversi da quelli previsti dall'art. 39 della Costituzione*».

Non può certamente dirsi, a dispetto dell'ampio lasso di tempo trascorso, che tali statuizioni suonino anacronistiche o superate da mutamenti ordinamentali che, stante la consolidata riluttanza del legislatore ad intervenire in materia sindacale (con l'importantissima e fortunata eccezione della legge n. 146 del 1990 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali) non si sono realizzati.

Di conseguenza e stanti le forti incognite che si addenserebbero su qualunque ipotetica disposizione legislativa diretta all'estensione *ultra partes* di discipline salariali di fonte collettiva (che non potrebbe del resto considerarsi limitata alla sola parte retributiva ma verrebbe a coinvolgere pur indirettamente una serie di istituti in quanto correlata ad una determinata classificazione mansionistica, ad una specifica quantificazione dell'orario di lavoro ecc.) appare in realtà arduo immaginare che un'organica definizione legislativa dei profili problematici connessi alla materia salariale possa essere realizzata prescindendo dal collegamento (in realtà inscindibile) tra l'art. 36 e l'art. 39 Cost. e della conseguente imprescindibilità di un intervento legislativo, da molti ritenuto ormai indifferibile²⁴, in materia di rappresentanza sindacale e contrattazione collettiva²⁵.

²³ Corte cost. 19 dicembre 1962, n. 106.

²⁴ Come evidenziato da L. IMBERTI, *Il socio lavoratore di cooperativa*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 196 e ribadito da M. MARTONE, *A che prezzo - l'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Luiss University Press, Roma, 2019, p. 89 ss.

²⁵ È la stessa direttiva europea n. 2041/2022, del resto, a sottolineare nel "considerando" n. 22 che «*il buon funzionamento della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari è uno strumento importante attraverso il quale garantire che i lavoratori siano tutelati da salari minimi adeguati che garantiscano quindi un*



5. Le soluzioni prefigurate dall'emendamento di maggioranza al testo del disegno di legge unificato

A fronte di tali connotazioni (e limiti sistematici) della progettualità legislativa al cui esercizio è stato dato di assistere nel corso delle ultime due legislature, il testo di legge delega approvato dalla Camera dei Deputati nella veste del maxi emendamento²⁶ alla proposta unificata licenziata dalla Commissione Lavoro²⁷ viene a porsi sotto diversi aspetti in forte discontinuità e ciò non solo dal punto di vista della tecnica normativa e dello strumento legislativo prescelto (il decreto legislativo), ma anche e soprattutto perché traspone sul piano delle regole legali quella posizione di contrarietà alla fissazione per legge di una soglia salariale minima che era stata del resto anticipata dall'esecutivo nell'ordine del giorno approvato alla Camera il 30 novembre 2022.

Prendendo le mosse dalla premessa secondo cui il tasso di applicazione dei contratti collettivi in Italia, stimato all'85%, supera la soglia al di sotto della quale la direttiva impone agli stati membri l'adozione di uno specifico piano d'azione per il rafforzamento del livello di copertura, il Governo aveva già manifestato in quella sede il proprio orientamento nel senso delle promozione dell'estensione dei contratti collettivi stipulati, ad ogni livello anche decentrato, dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, a concentrare l'attenzione sui criteri di aggiudicazione degli appalti correlati ai trattamenti retributivi nonché a favorire l'incremento dei redditi da lavoro attraverso interventi di riduzione del cuneo fiscale²⁸. Tutte linee di intervento che sono state repute prioritarie ed alternative rispetto alla prospettiva un intervento di mera quantificazione della soglia salariale minima, ritenuta dall'Esecutivo come foriera di gravi effetti collaterali potenzialmente idonei ad inficiarne l'efficacia²⁹.

tenore di vita dignitoso. Negli Stati membri in cui sono previsti salari minimi legali, la contrattazione collettiva sostiene l'andamento generale dei salari e contribuisce quindi a migliorare l'adeguatezza dei salari minimi, così come le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori. Negli Stati membri in cui la tutela garantita dal salario minimo è prevista esclusivamente mediante la contrattazione collettiva, il livello dei salari minimi e la percentuale dei lavoratori tutelati sono determinati direttamente dal funzionamento del sistema di contrattazione collettiva e dalla copertura della contrattazione collettiva. Una contrattazione collettiva solida e ben funzionante, unita a un'elevata copertura dei contratti collettivi settoriali o intersettoriali, rafforza l'adeguatezza e la copertura dei salari minimi».

²⁶ Il riferimento è alla proposta emendativa 1.6. alla proposta di legge C. 1275 del Deputato On. Rizzetto (FdI), approvata il 28 novembre 2023, in Commissione XI.

²⁷ Ora d.d.l. S. 957.

²⁸ In tal senso cfr. gli esoneri contributivi di cui all'art. 1, co. 281, l. 29 dicembre 2022, n. 197 e all'art. 39, d.l. 4 maggio 2023, n. 48 per l'anno 2023, poi confermati per il 2024 con l'art. 1, co. 15, l. 30 dicembre 2023, n. 213.

²⁹ In particolare, nel testo della mozione governativa si legge che «con la definizione per legge di un salario minimo si metterebbe a rischio il sistema della contrattazione collettiva, con il serio pericolo di favorire la tendenza alla diminuzione delle ore lavorate, l'aumento del lavoro nero, l'incremento della disoccupazione e l'aumento dei contratti di lavoro irregolare e dei contratti «pirata»; occorre sottolineare come l'introduzione di una retribuzione minima potrebbe avere un effetto inflazionistico sul mercato dal momento che le imprese potrebbero riversare i



In linea di continuità con tale orientamento, l'emendamento che ha sostituito il testo della proposta di legge unificata (determinando la conseguenza politica di forte dissenso che si è concretizzata nel ritiro delle sottoscrizioni da parte dei proponenti originari) prefigura il conferimento al Governo di due deleghe: la prima è rivolta al "rafforzamento" della contrattazione collettiva perseguendo tra gli altri obiettivi quello (descritto in termini certamente pleonastici) di «assicurare ai lavoratori trattamenti retributivi giusti ed equi»³⁰, contrastare la concorrenza al ribasso tra più contratti collettivi e favorire il puntuale aggiornamento dei trattamenti retributivi mediante l'incentivazione degli accordi di rinnovo dei contratti collettivi. La seconda delega è invece dedicata alla tematica dei controlli e dell'informazione sui regimi retributivi, sia attraverso un potenziamento dei sistemi e degli obblighi informativi a carico delle imprese in materia di retribuzioni e di contratti collettivi applicati, sia mediante una rilevazione ed un monitoraggio degli interventi e dei controlli ispettivi disposti a fini di contrasto delle condotte illegittime finalizzate allo sfruttamento economico dei lavoratori (non solamente nella forma della corresponsione di salari non rispondenti ai criteri costituzionali di proporzionalità e sufficienza, ma anche con riguardo alle spesso connesse vicende di lavoro irregolare e di commissione del reato di cui all'art. 603-bis relativo alla c.d. fattispecie del "caporalato").

Tra i contenuti prefigurati dalle norme di delega figurano anche alcuni tratti collaterali, come l'importante appendice dedicata alla contrattazione di secondo livello e alle ipotesi "adattive"³¹ (di crisi o di adeguamento alle specifiche situazioni locali) nelle quali potrebbe riconosciuta la meritevolezza di un intervento di rideterminazione dei trattamenti salariali, con possibile apporto chiarificatore rispetto alla sinora controversa rilevanza dei contratti collettivi aziendali o territoriali quali utili parametri per la quantificazione della giusta retribuzione³². Né manca il riferimento ai regimi di aggiudicazione dei contratti pubblici, con la prevista individuazione di uno *standard* contrattuale univoco quale evoluzione della clausola sociale già a suo tempo introdotta dall'art. 36 St. Lav.³³, sebbene manchino riferimenti

maggiori costi del lavoro sui consumatori finali, determinando così un ulteriore aumento dei prezzi dei prodotti dalle stesse commercializzati».

30 Art. 1, co. 1, lett. a), d.d.l. S. 957.

31 Art. 1, co. 2, lett. d), d.d.l. S. 957.

32 In senso favorevole all'utilizzo del contratto aziendale o territoriale come parametro per la determinazione della giusta retribuzione, anche se contenente condizioni peggiorative rispetto a quello nazionale, cfr. Cass. 31 gennaio 2021, n. 1415; Cass. 20 settembre 2007, n. 19467; Cass. 26 marzo 1998, n. 3218; Cass. 3 aprile 1996, n. 3092; Cass. 3 dicembre, 1994, n. 10366; Cass. 27 gennaio 1989, n. 513.

33 Sul «modello normativo» introdotto dall'art. 36 St. Lav. a «garanzia dell'equo trattamento soprattutto retributivo», che si distingue dalle cd. clausole sociali di «seconda generazione», finalizzate al «controllo degli effetti sociali della liberalizzazione nei servizi pubblici», v. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, n. 2, p. 135 ss.; G. ORLANDINI, *Clausole sociali [dir. lav. interno]*, in *Diritto online. Treccani*, 2015; M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 71. Sul tema cfr. recentemente I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. eur.*, 2020, n. 2, p. 2 ss.; G. RICCI, *Il sistema dei contratti pubblici e le tutele (non solo) salariali dei*



espressi ai criteri di valutazione delle offerte ed all'opportunità dell'adozione anche su tale piano dei correttivi funzionali allo scardinamento dell'antisociale nesso di consequenzialità tra ribassi dell'offerta e *dumping* salariale.

L'elencazione dei principi e criteri direttivi della proposta di legge unificata in tema di retribuzioni e contrattazione collettiva si chiude con il richiamo ad una particolare area tematica che si connette ad uno specifico segmento della struttura retributiva, quello che si rapporta ai risultati dell'impresa, che ha gradualmente acquisito una crescente rilevanza in ragione degli impulsi incentivanti ricevuti sia dalle organizzazioni sindacali che dal legislatore. Prospettando una linea evolutiva di tale modello, il testo approvato dalla Camera conferisce la delega al Governo affinché provveda a «*disciplinare modelli di partecipazione dei lavoratori alla gestione e agli utili dell'impresa, fondati sulla valorizzazione dell'interesse comune dei lavoratori e dell'imprenditore alla prosperità dell'impresa stessa*».

Fatta la tara degli anacronismi linguistici e del richiamo audace quanto laconico ad una pretesa sfera di interessi comuni tra attori della produzione (la relazione tra i quali è normalmente ritenuta più realisticamente decifrabile in termini di contrapposizione negoziale, pur non priva di spazi cooperativi), può suscitare interesse l'intento (del resto già adombrato dal c.d. Patto della fabbrica sottoscritto nel 2018) di abbinare la tematica delle possibili linee evolutive dell'istituto della retribuzione di produttività, allo stato consolidato nello schema delineato dalla legge n. 208 del 2015, a quella del riavvio della riflessione sui modelli partecipativi, che potrebbe risultare auspicabile in una fase di forte accentuazione delle derive conflittuali delle forme informativo-consultive di coinvolgimento sindacale nelle decisioni aziendali come è quella che ha preso avvio nell'ultimo biennio³⁴.

6. L'ineludibile coesistenzialità di un intervento regolativo in tema di delimitazione dei perimetri contrattuali e di efficacia dei contratti collettivi. Il nodo insuperabile del raccordo con l'art. 39 Cost.

Per ciò che concerne il nucleo centrale del testo licenziato dalla Camera, può dirsi che esso si articola su tre assi, che sono quello dell'individuazione per ciascuna categoria dei contratti "maggiormente applicati", destinati ad assumere la qualificazione di parametri legali della giusta retribuzione; quello dell'adozione di tali parametri quali condizioni di trattamento insuscettibili di riduzione «negli appalti di servizi di qualunque tipo e settore»; quello, infine, della definizione dei criteri di individuazione del contratto collettivo «della categoria più affine» ai fini dell'estensione di tali parametri legali ai lavoratori «non coperti da contrattazione collettiva», espressione anche questa vistosamente atecnica per indicare i prestatori di lavoro non collocabili in alcuna delle "categorie" o perimetri contrattuali rientranti nella suddivisione generale prefigurata dalla proposta di legge.

lavoratori, in *Riv. giur. lav.*, 2023, n. 4, p. 613-614, per un collegamento teleologico con l'art. 11, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

³⁴ Cfr. Trib. Firenze 26 dicembre 2023; Trib. Foggia 30 maggio 2023; Trib. Trieste 23 settembre 2022; Trib. Ancona 22 febbraio 2022; Trib. Monza 29 gennaio 2022; Trib. Napoli 3 novembre 2021; Trib. Firenze 20 settembre 2021.



Al di là degli intenti e della chiara opzione politica di tenore antitetico rispetto all'orientamento favorevole all'introduzione del salario minimo legale, il disegno tratteggiato dallo schema di legge delega condivide con quelli che lo hanno preceduto l'evidente alternanza di chiaroscuri, ossia di spunti innovativi e di possibili strappi sistematici.

È stato rilevato in alcuni primi commenti a caldo come il richiamo ai contratti collettivi nazionali «maggiormente applicati» costituisca una vistosa soluzione di continuità rispetto al consueto e comunque sibillino richiamo alla rappresentatività comparata degli attori negoziali³⁵, sebbene di per sé non sembra rappresentare un elemento di portata autenticamente eversiva, se si ammette che uno degli indicatori principali della rappresentatività è senza dubbio integrato dalla densità numerica dell'ambito di applicazione dei contratti collettivi (più eloquente ancora, in tempi di incalzante disintermediazione, del dato offerto dal numero degli iscritti). Né possono ritenersi superate le pregiudiziali di costituzionalità già formulate a proposito dei più compromissori antefatti progettuali di cui l'odierno testo governativo rappresenta lo speculare corrispondente.

Occorre anche evidenziare che sebbene l'intervento legislativo prefigurato dalla proposta di legge si sostanzia in una formalizzazione della funzione parametrica del contratto collettivo accompagnata dalla definizione di un criterio selettivo apparentemente puntuale, tale normativizzazione non potrebbe prestarsi a costituire comunque un'indicazione vincolante ed insuscettibile di verifica e possibile censura giudiziale, stante da un lato la permanente precettività immediata dell'art. 36, dall'altro la permanente qualificazione di "semplici" atti negoziali dei contratti collettivi sia pur caratterizzati da un ampio consenso e dalla conseguente ragguardevole vastità della loro sfera applicativa.

Per altro verso, un tratto di possibile evoluzione si ravvisa nel sia pure sommerso, quasi sottinteso e si direbbe in parte inconsapevole richiamo ad un profilo, quello dell'imprescindibilità di una definizione eteronoma degli ambiti categoriali (quale necessario presupposto della misurazione del tasso di applicazione di ciascun contratto) che potrebbe favorire lo scioglimento del nodo più intricato che da sempre si frappone non solo sui percorsi di nitida individuazione dei più attendibili parametri retributivi, ma anche su quelli, ancor più ambiziosi, volti alla compiuta realizzazione di quel disegno ordinatore delle relazioni sindacali prefigurato nella seconda parte dell'art. 39 Cost. Un disegno che non rappresenta più, come è stata opinione diffusa per la maggior parte dei pregressi periodi di vigenza e consolidamento della Costituzione materiale, un retaggio postcorporativo estraneo alle logiche dell'ordinamento intersindacale ma che al contrario si presta ad essere recuperato ad avviso ormai di molti³⁶ come necessario tratto di giunzione con l'ordinamento legale ed al contempo

35 Cfr. V. BAVARO, G. ORLANDINI, *Introduzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2023, n. 4, p. 508; A. CASU, *Un "message in a bottle" sul salario minimo (con uno sguardo alla proposta di legge delega). La Cassazione ribadisce la funzione di controllo del giudice in materia di giusta retribuzione*, in *Blog - Dir. comp.*, 2023; E. MASSAGLI, *Emendamento di maggioranza per il salario equo: una soluzione originale, ma rischiosa*, in *Boll. Adapt*, n. 40, 2023.

36 Cfr. autorevolmente M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1998, p. 665 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La criticità della rappresentatività sindacale «misurata»: quale perimetro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 3, p. 377 ss.



come fattore di correzione ortopedica delle evidenti distorsioni che attualmente affliggono il sistema di relazioni industriali.

Si riaffaccia in definitiva (e con implicazioni che trascendono la questione pur centrale e drammaticamente contingente del salario minimo), in forma ed in termini decisamente aggiornati, la problematica già illustrata in termini nitidissimi, da Mancini nel pieno dei “trenta gloriosi” e della lunga stagione di egemonia del sindacalismo di matrice confederale, del prezzo imposto al sindacato a fronte del riconoscimento, oramai non più etichettabile *a priori* come superfluo, dell’estensione *ultra partes* degli effetti del contratto collettivo; un prezzo che consiste essenzialmente «nella perdita da parte del sindacato della facoltà di definire esso i limiti del ramo d’attività entro il quale e per il quale negoziare», dal momento che «in un sistema caratterizzato dall’efficacia erga omnes della norma sindacale, un simile potere non può che spettare allo Stato...o altrimenti è il caos, è la sovrapposizione e l’intersecamento di discipline diverse e tutte fornite della medesima forza vincolante»³⁷. Un prezzo la cui elevatezza può prestarsi a nuove e meno scontate valutazioni, di fronte all’avvenuta concretizzazione di questo scenario di disordine che un tempo poteva apparire astrattamente distopico e di cui sono destinati a pagare le spese i primi destinatari dell’apparato di tutele in cui si sostanzia il nucleo centrale del diritto del lavoro, ossia i lavoratori più indifesi rispetto alle più aggressive dinamiche di mercato.

37 G. F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 570 ss., *ivi* p. 577.



IL CONTROLLO SUI DIPENDENTI AL DI FUORI DELL'AMBIENTE DI LAVORO: LIMITI DI LEGITTIMITÀ DELLE INDAGINI INVESTIGATIVE

Alessia Riommi *

Abstract [It]: Il commento si concentra sulla questione della legittimità dei controlli svolti dal datore di lavoro mediante il ricorso ad agenzie investigative. Oggetto di analisi è l'evoluzione giurisprudenziale della disciplina in ordine al delicato bilanciamento tra le esigenze di vigilanza dell'attività lavorativa e accertamento dei comportamenti illeciti da un lato, e quelle di salvaguardia della riservatezza del lavoratore dall'altro. Trattandosi di un controllo, quello investigativo, che incide sensibilmente sui diritti fondamentali della persona, particolare attenzione è, poi, dedicata alle disposizioni in tema di protezione della *privacy* del lavoratore, dalle quali discende l'inutilizzabilità dei dati trattati in violazione della normativa rilevante in materia.

Abstract [En]: This commentary focuses on the issue of the legitimacy of the controls carried out by the employer through the use of investigative agencies. The paper deals with the jurisprudential evolution of the discipline in relation to the delicate balance between the needs of supervision of work activity and detection of illicit behaviors on the one hand, and those of safeguarding the worker's confidentiality on the other. Since it is a control, the investigative one, which significantly affects the fundamental rights of the person, particular attention is, then, dedicated to the provisions regarding the protection of the worker's *privacy* from which the unusability of the data processed in violation of the relevant legislation on the subject derives.

Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza 11.10.2023, n. 28378

Pres. Raimondi, Est. Panariello, G.W. c. Telecom Italia s.p.a.

Parole chiave: controllo per il tramite di agenzie investigative – controllo sull'attività lavorativa svolta al di fuori dei locali aziendali – artt. 2 e 3 St. Lav. – controllo sul mero inadempimento – perpetrazione di illeciti – sospetto di illeciti in corso di esecuzione – comportamenti penalmente rilevanti – attività fraudolente.

Le disposizioni dell'art. 2 dello Statuto dei Lavoratori, nel limitare la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a tutela del patrimonio aziendale, non precludono a quest'ultimo di ricorrere ad agenzie investigative, purché queste non sconfinino nella vigilanza dell'attività lavorativa



vera e propria, riservata dall'art. 3 dello Statuto direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori, restando giustificato l'intervento in questione non solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti e l'esigenza di verificarne il contenuto, ma anche in ragione del solo sospetto o della mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione. Dunque, i controlli del datore di lavoro a mezzo di agenzia investigativa, riguardanti l'attività lavorativa del prestatore svolta anche al di fuori dei locali aziendali, sono legittimi ove siano finalizzati a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti od integrare attività fraudolente, fonti di danno per il datore medesimo, non potendo, invece, avere ad oggetto l'adempimento della prestazione lavorativa, in ragione del divieto di cui agli artt. 2 e 3 St. Lav. (Massima a cura dell'A.).

***Parole chiave:** natura normativa dei codici deontologici – inutilizzabilità dei dati raccolti in violazione dei codici deontologici – inutilizzabilità “assoluta” – impossibilità per il datore di lavoro di porre i dati a fondamento di contestazione disciplinare e di produrli in giudizio come mezzo di prova – impossibilità per il giudice di merito di porre i dati a fondamento della sua decisione.*

Si affermano i seguenti principi di diritto: 1) i codici deontologici di cui al d.lgs. n. 196 del 2003 hanno natura normativa e, pertanto, possono e devono essere individuati ed applicati anche d'ufficio dal giudice (*iura novit curia*); 2) la violazione dei predetti codici deontologici può essere fatta valere con ricorso per cassazione *ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3*) e determina l'inutilizzabilità dei dati così raccolti; 3) l'inutilizzabilità dei dati raccolti in violazione dei codici deontologici di cui al d.lgs. n. 196 del 2003, nel periodo anteriore alla novella introdotta dal d.lgs. n. 101 del 2018, è da intendersi come “assoluta”, quindi rilevante in sede sia processuale che extraprocessuale; 4) tale inutilizzabilità “assoluta” determina l'impossibilità sia per il datore di lavoro di porli a fondamento di una contestazione disciplinare e poi di produrli in giudizio come mezzo di prova, sia per il giudice di merito di porli a fondamento della sua decisione. (Massima a cura dell'A.).

SOMMARIO: 1. Il caso all'esame della Suprema Corte. – 2. L'evoluzione della disciplina del potere di controllo nella giurisprudenza di legittimità: le fattispecie dei controlli “occulti” e controlli “difensivi”. – 3. I principi dettati dalla Corte di Cassazione in tema di utilizzabilità dei dati raccolti dagli investigatori privati. – 4. Sulla difficile distinzione tra illecito e inadempimento nell'ambito del contratto di lavoro. – 5. La protezione della *privacy* del lavoratore e l'inutilizzabilità dei dati raccolti: osservazioni conclusive.

1. Il caso all'esame della Suprema Corte.

Il caso di specie riguarda un lavoratore, assunto da Telecom Italia spa, al quale, a seguito dello svolgimento di controlli investigativi, è stato intimato licenziamento per ragioni disciplinari, previa contestazione avente ad oggetto la falsa attestazione di tempi e modi di



esecuzione delle attività lavorative e lo svolgimento durante l'orario di lavoro di incombenze legate alla sfera personale e comunque estranee all'attività lavorativa.

Adito il Tribunale di Milano, il lavoratore impugnava il licenziamento deducendone la nullità per ritorsività del motivo, ovvero per il suo carattere discriminatorio rispetto alla sanzione conservativa applicata al collega, lamentando, tra l'altro, l'abusivo ricorso al controllo tramite agenzie di investigazione privata. In accoglimento della domanda principale, il Tribunale di Milano ordinava la reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro.

Avverso questa sentenza, la società ha proposto reclamo, che è stato accolto dalla Corte di Appello di Milano, la quale respingeva tutte le domande dell'ex dipendente e lo condannava a restituire quanto in ipotesi percepito in esecuzione della sentenza di primo grado.

In particolare, il Collegio ha ritenuto non condivisibile la tesi sostenuta dal giudice di primo grado in merito all'abusivo ricorso a controlli investigativi disposti nei confronti del lavoratore licenziato. Ed infatti, la società ha motivato la richiesta di tali controlli sospettando che fossero distratte ore di lavoro per attività non inerenti, ovvero in concorrenza, o comunque incompatibili con gli obiettivi aziendali, dal momento che il lavoratore era solito operare all'esterno sempre senza divisa e senza esporre il badge, pur essendo ciò, invece, richiesto dalla società medesima. La Corte di Appello, ritenuti legittimi i controlli investigativi e, quindi, utilizzabili i loro esiti, evidenziava come dall'istruttoria svolta era emersa la fondatezza degli addebiti, peraltro di gravità tale da far venir meno il rapporto fiduciario tra le parti. Veniva, dunque, esclusa la nullità del licenziamento.

Il lavoratore, pertanto, ha proposto ricorso per cassazione, affidato a dodici motivi.

2. L'evoluzione della disciplina del potere di controllo nella giurisprudenza di legittimità: le fattispecie dei controlli "occulti" e controlli "difensivi".

La spiccata sensibilità dimostrata dal legislatore statutario per il delicato tema del potere di controllo del datore di lavoro emerge inequivocabilmente dalle disposizioni normative ricomprese nel Titolo I dello Statuto dei Lavoratori, rubricato, non per caso, «Della libertà e dignità del lavoratore»¹. L'obiettivo dichiarato era quello di introdurre chiari e precisi limiti volti a contenere l'esercizio della vigilanza sul luogo di lavoro al fine di dare effettività al valore della riservatezza, stante la particolare natura del rapporto di lavoro che impone l'inevitabile implicazione della persona del lavoratore.

¹ *Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Perugia*

Per una ricostruzione della disciplina del potere di controllo del datore di lavoro si rinvia a P. LAMBERTUCCI, *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e Pubblico*, Utet Giuridica, Torino, VIII, 2020, p. 1047 ss.



Pur nella piena consapevolezza di tali esigenze protettive, la Corte di Cassazione, valorizzando la posizione del datore di lavoro quale creditore della prestazione lavorativa², ha dato vita ad un orientamento giurisprudenziale volto ad ammettere la legittimità di controlli occulti finalizzati ad accertare eventuali fatti illeciti posti in essere dai dipendenti, ampliando, così, le strette maglie previste dalle norme statutarie³.

In particolare, con riferimento all'art. 2 St. Lav., la Suprema Corte ha stabilito che la tutela del patrimonio aziendale possa essere perseguita, da parte dell'imprenditore, anche mediante l'opera di soggetti diversi quali investigatori sprovvisti della licenza di guardia giurata, attesa l'esigenza di garantire la libertà della difesa privata⁴.

L'intervento delle agenzie investigative in ordine agli illeciti del lavoratore che incidano sul patrimonio aziendale, pertanto, doveva considerarsi legittimo, ed era garantito non solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti ma anche in ragione del solo sospetto o della mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione. Tuttavia, non poteva mai sfociare in controlli volti a verificare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa, dovendosi limitare ad accertare il comportamento fraudolento del dipendente che incida sull'integrità del patrimonio aziendale⁵. Pur nel rispetto di tali limiti, la Corte ha, poi, precisato che il controllo demandato dal datore di lavoro ad un'agenzia investigativa possa riguardare anche comportamenti posti in essere dal lavoratore al di fuori dell'orario di lavoro, qualora questi siano fonti di danno per il datore medesimo, come nel caso di violazione del divieto di concorrenza⁶.

2 Sul punto A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995.

3 R. DE LUCA TAMAJO, *I controlli sui lavoratori*, in AA.VV., *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, G. ZILIO GRANDI (a cura di), Cedam, Padova, 2002, p. 27 ss.

4 Cass., Sez. Lav., 24 marzo 1983, n. 2042, in *Foro it.*, 1983, I, p. 439. Nello stesso senso Cass., Sez. Lav., 25 gennaio 1992, n. 829, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, p. 461; Cass., Sez. Lav., 23 agosto 1996, n. 7776, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 1216; Cass., Sez. Lav., 03 novembre 1997, n. 10761, in *Giust. civ. mass.*, 1997, p. 2062.

5 Cass., Sez. Lav., 18 febbraio 1997, n. 1455, in *Dir. lav.*, 1997, II, p. 439, con nota di M. Marazza; Cass., Sez. Lav., 09 luglio 2008, n. 18821, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 7-8, p. 1113; Cass., Sez. Lav., 14 febbraio 2011, n. 3590, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 2, p. 241; Cass., Sez. Lav., 22 novembre 2012, n. 20613, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 192, con nota di C. V. VACCHIANO, *Il controllo occulto svolto dal datore di lavoro per il tramite di agenzia di investigazione è legittimo se finalizzato alla tutela del patrimonio aziendale o all'accertamento di illeciti da parte del lavoratore*. Di particolare rilevanza Cass., Sez. Lav., 11 giugno 2018, n. 15094, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 4, II, p. 800, nella quale si precisa che «Il controllo di una agenzia investigativa non può riguardare in nessun caso né l'adempimento né l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore di prestare la propria opera, essendo l'inadempimento stesso riconducibile all'attività lavorativa, che è sottratta a suddetta vigilanza, ma deve limitarsi agli atti illeciti del lavoratore non riconducibili all'inadempimento dell'obbligazione, e ciò anche nel caso di prestazioni lavorative svolte al di fuori dei locali aziendali».

6 Sul punto Cass., Sez. Lav., 22 maggio 2017, n. 12810, in *Giust. civ. mass.*, 2017; Cass., Sez. VI, 01 marzo 2019, n. 6174, in *Diritto e Giustizia*, 4 marzo 2019.



A finalità di vigilanza dell'attività lavorativa risponde, invece, l'art. 3 St. Lav., il quale impone al datore di lavoro di comunicare i nominativi e le mansioni del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa ai lavoratori interessati. Anche rispetto a questa norma, la Corte di Cassazione ha iniziato, ben presto, ad intervenire in ottica garantistica della posizione del datore di lavoro e, valorizzando il disposto dell'art. 2104 c.c., ha riconosciuto la legittimità del controllo tecnico del lavoro e della sorveglianza del personale per opera dei collaboratori dell'imprenditore, anche in modo occulto, ovvero senza averne preventivamente resi noti i nominativi⁷. Da qui la possibilità per il datore di lavoro di controllare, direttamente o mediante l'organizzazione gerarchica che a lui fa capo e che è conosciuta dai dipendenti, l'adempimento delle prestazioni cui costoro sono tenuti e, quindi, di accertare eventuali mancanze dei dipendenti medesimi, già commesse o in corso di esecuzione. Ciò indipendentemente dalle modalità con le quali sia stato compiuto il controllo, il quale, può legittimamente avvenire anche occultamente, soprattutto in caso di pregressa condotta non palesemente adempiente dei dipendenti⁸.

Un'ulteriore dilatazione dei limiti sanciti nell'art. 3 St. Lav. è stata compiuta dalla Suprema Corte nel momento in cui ha ritenuto che tale controllo potesse essere svolto anche attraverso personale esterno, costituito, in ipotesi, da dipendenti di una agenzia investigativa⁹. Tale intervento, tuttavia, non poteva mai sconfinare nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria, riservata dall'art. 3 St. Lav. direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori, restando, invece, giustificato se finalizzato ad accertare l'eventuale comportamento illecito dei dipendenti, soprattutto qualora si verificassero violazioni di natura penalmente rilevanti¹⁰. Veniva, in tal modo, ad essere legittimata la pratica dei controlli "occulti", i quali, peraltro, dovevano considerarsi legittimi non solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti e l'esigenza di verificarne il contenuto, ma anche in ragione del solo sospetto che il lavoratore stia commettendo illeciti¹¹.

⁷ Cass., Sez. Lav., 17 giugno 1981, n. 3960, in *Lavoro e prev. oggi*, 1981, p. 2087.

⁸ Cass., Sez. Lav., 09 giugno 1990, n. 5599, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 952; e in *Foro it.*, 1990, I, p. 3163; Cass., Sez. Lav., 28 agosto 1996, n. 7889, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 391, con nota di C. FALERI, *L'intenzionalità della mancanza come elemento necessario e sufficiente della giusta causa di licenziamento*; Cass., Sez. Lav., 12 giugno 2002, n. 8388, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 1000.

⁹ *Ex multis* cfr. Cass., Sez. Lav., 03 novembre 1997, n. 10761, cit. Più specificamente Cass., Sez. Lav., 10 luglio 2009, n. 16196, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 7-8, p. 1078. Sul tema di recente V. NUZZO, *Sull'utilizzo delle agenzie investigative per il controllo della prestazione resa fuori dai locali aziendali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, IV, p. 802 ss.

¹⁰ Cass., Sez. Lav., 23 giugno 2011, n. 13789, in *Diritto e Giustizia*, 28 giugno 2011; Cass., Sez. Lav., 04 dicembre 2014, n. 25674, in *Foro it.*, 2015, 5, I, p. 1671, con nota di A. M. Perrino.

¹¹ Cass., Sez. Lav., 23 giugno 2011, n. 13789, cit.; Cass., Sez. Lav., 04 settembre 2018, n. 21621, in *Diritto e Giustizia*, 05 settembre 2018. In senso contrario, parte della dottrina ritiene che il controllo sia consentito solo ove assolutamente indispensabile secondo il canone dell'*extrema ratio*, non essendo sufficiente il



In definitiva, la giurisprudenza di legittimità finisce per riconoscere al datore di lavoro la possibilità di incaricare un soggetto esterno, preposto all'attività investigativa finalizzata alla tutela dei propri interessi, con l'unico limite dell'impossibilità di sconfinare in una generalizzata vigilanza sull'attività lavorativa vera e propria. L'intervento deve limitarsi all'accertamento di atti illeciti del lavoratore non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione. Ma una volta acquisite legittimamente le informazioni, queste possono essere utilizzate anche a fini disciplinari e, quindi, i risultati potranno essere posti a fondamento del licenziamento del lavoratore per giusta causa, stante la gravità degli addebiti che determina l'irrecuperabile lesione del rapporto fiduciario¹².

La categoria dei controlli "difensivi", invece, è stata elaborata dalla Corte di Cassazione per rispondere all'esigenza datoriale di accertamento degli illeciti commessi dei propri dipendenti, che mal si conciliava con la rigidità normativa della formulazione originaria dell'art. 4 St. Lav.¹³. Tale orientamento, mutuato da quello che ammette *ex art. 3 St. Lav.* i controlli occulti tramite agenzie investigative, è stato utilizzato dalla giurisprudenza per garantire la legittimità del controllo datoriale anche in assenza del rispetto degli stringenti vincoli procedurali imposti dallo Statuto, ove diretto ad accertare condotte illecite del lavoratore¹⁴.

Dopo un primo intervento, la Corte di Cassazione è tornata sulla materia, nel chiaro intento di delimitare il perimetro della legittimità dei controlli difensivi. È stato, così, stabilito che l'esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della riservatezza del lavoratore, con conseguente impossibilità di espungere dalla fattispecie astratta dell'art. 4 St. Lav. i controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali

mero sospetto. Sul punto A. BELLAVISTA, *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, III, p. 544 ss.

12 Cass., Sez. Lav., 22 novembre 2012, n. 20613, cit.; Cass., Sez. Lav., 31 ottobre 2013, n. 24580, in *Diritto e Giustizia*, 04 novembre 2013, con nota di G. MARINO, *Il datore teme che l'addetto al casello sottragga denaro: legittimo il ricorso ad investigatori privati*. Sulla materia anche E. BALLETTI, *Controllo "occulto" e sanzionabilità dell'utilizzo improprio dei permessi assistenziali*, in *Giur. it.*, 2014, XI, p. 2517 ss.

13 Cass., Sez. Lav., 03 aprile 2002, n. 4746, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, p. 644, con nota di M. BERTOCCHI, *L'utilizzo indebito del telefono aziendale quale giustificato motivo di licenziamento del lavoratore*; e in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, p. 71, con nota di L. D'ARCANGELO, *Uso privato del telefono, riservatezza e poteri di controllo del datore di lavoro*.

14 A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 7 ss., evidenzia le criticità che derivano dal ricondurre la tesi dei controlli difensivi alla regolamentazione dei controlli tecnologici contenuta nell'art. 4 St. Lav. per le modalità di funzionamento di tali controlli. Infatti, mentre l'incarico affidato ad un'agenzia investigativa può essere circoscritto alle sole indagini necessarie ad accertare la condotta illecita del singolo dipendente, il controllo tecnologico derivante dall'utilizzo di un sistema informatico registra l'insieme di tutti i dati relativi all'attività lavorativa svolta indistintamente dalla generalità dei dipendenti senza alcun tipo di selettività.



comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni lavorative¹⁵. Esula, invece, dal campo di applicazione della norma il caso in cui il datore abbia posto in essere verifiche tese ad accertare comportamenti illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale¹⁶, purché tale intervento abbia ad oggetto un comportamento specifico, non potendo considerarsi "difensivi" meccanismi di controllo generalizzati¹⁷.

L'iniziativa datoriale doveva considerarsi legittima tanto più se disposta "ex post", ossia dopo l'attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla mera sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa¹⁸. Ma tale presupposto era, però, da considerare meramente eventuale, poiché ritenuto un fattore avente funzione confermativa della effettività del controllo difensivo. Esso poteva mancare, essendo sufficiente il mero sospetto circa l'esecuzione di illeciti¹⁹.

Ad ogni modo, doveva essere sempre garantito un adeguato bilanciamento tra le esigenze di protezione dei beni aziendali e quelle di salvaguardia della riservatezza del dipendente. Pertanto, i controlli dovevano svolgersi con modalità non eccessivamente invasive, rispettose della libertà e dignità dei dipendenti e, comunque, secondo i canoni generali della correttezza e buona fede contrattuale²⁰.

Nel nuovo testo dell'art. 4 St. Lav., la tutela del patrimonio aziendale viene espressamente prevista quale condizione legittimante l'installazione di impianti dai quali possa derivare il controllo datoriale a distanza sull'attività dei lavoratori²¹. Si è posta, sicché, la questione della "sopravvivenza" dei controlli difensivi, volta a verificare se, a seguito della novella, anche la categoria dei controlli difensivi sia stata assoggettata alla necessaria autorizzazione sindacale

15 Cass., Sez. Lav., 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 3, II, p. 714, con nota di M. L. VALLAURI, *È davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori?*. Sul punto anche I. ALVINO, *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, IV, p. 1009 ss.

16 Cass., Sez. Lav., 23 febbraio, 2012, n. 2722, in *Foro it.*, 2012, 5, I, p. 1421, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, II, p. 113, con nota di C. SPINELLI, *La legittimità dei controlli datoriali cd. "difensivi": certezze apparenti in una categoria dubbia*. A seguito Cass., Sez. Lav., 27 maggio 2015, n. 10955, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, II, p. 120, con nota di E. PUCETTI, *Se il controllore occulto diventa agente provocatore*; Cass., Sez. Lav., 02 maggio 2017, n. 10637, in *DeJure*; Cass., Sez. Lav., 28 maggio 2018, n. 13266, in *Giust. civ. mass.*, 2018, e in *Foro it.*, 2018, 7-8, I, p. 2357.

17 Cass., Sez. Lav., 05 ottobre 2016, n. 19922, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 1, II, p. 46, con nota di A. INGRAO, *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act. Sull'evoluzione giurisprudenziale in materia di controlli difensivi* R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, p. 77 ss.

18 Cass., Sez. Lav., 28 maggio 2018, n. 13266, cit.

19 Così Cass., Sez. Lav., 05 ottobre 2016, n. 19922, cit., sulla scorta di Cass., Sez. Lav., 14 febbraio 2011, n. 3590, in *Giust. civ. mass.* 2011, 2, p. 241.

20 Cass., Sez. Lav., 27 maggio 2015, n. 10955, cit.; Cass., Sez. Lav., 28 maggio 2018, n. 13266, cit.

21 R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 77 ss.



o amministrativa²². Sul punto si è pronunciata la Corte di Cassazione, la quale ha stabilito che, anche a seguito della modifica dell'art. 4 St. Lav. sono consentiti i controlli tecnologici posti in essere dal datore di lavoro se finalizzati alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti²³. In particolare, la Suprema Corte ha ritenuto di dover distinguere tra controlli difensivi in senso lato, a difesa del patrimonio aziendale e che riguardano tutti i dipendenti o gruppi di essi in caso di effettivo contatto con tale patrimonio, e quelli in senso stretto, diretti ad accertare specificamente condotte illecite ascrivibili a singoli dipendenti che si verificano anche durante la prestazione di lavoro. Quest'ultima categoria si situerebbe all'esterno del perimetro applicativo dell'art. 4²⁴.

In ogni caso, per essere legittimi, pena l'inutilizzabilità²⁵, i controlli difensivi in senso stretto devono essere mirati, nonché attuati *ex post*, ossia a seguito di un fondato sospetto del datore circa la commissione di illeciti ad opera del lavoratore. Deve, inoltre, essere garantita, nel rispetto della normativa europea e dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore, con un temperamento che passa, innanzitutto, per l'adempimento dell'obbligo informativo e il rispetto della normativa in materia di *privacy*²⁶.

22 Tra i primi commenti V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, VI, p. 1186 ss.; P. LAMBERTUCCI, *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del c.d. jobs act del 2015: primi spunti di riflessione*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, III, p. 514 ss.; M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, I, p. 483 ss. Sul tema si rinvia a E. BALLETTI, *I controlli a distanza dei lavoratori dopo il jobs act*, in F. SANTONI-M. RICCI-R. SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 37 ss.

23 Cass., Sez. Lav., 22 settembre 2021, n. 25732, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 1, II, p. 107 ss.; con nota di V. NUZZO, *La sopravvivenza dei controlli c.d. difensivi dopo la riscrittura dell'art. 4 St. Lav.*, e in *Dir. rel. ind.*, 2022, I, p. 271 ss., con nota di E. GRAMANO, *Controlli difensivi, condotte illecite e inadempimento del prestatore di lavoro: un cerchio che non si chiude*.

24 Dopo Cass., Sez. Lav., 22 settembre 2021, n. 25732, cit., è stata pubblicata anche Cass., Sez. Lav., 12 novembre 2021, n. 34092, in *Giust. civ. mass.*, 2021, con motivazione sovrapponibile. Da ultimo Cass., Sez. Lav., 26 giugno 2023, n. 18168, in *Giust. civ. mass.*, 2023, la quale ha anche precisato che «Incombe sul datore di lavoro l'onere di allegare prima e provare poi le specifiche circostanze che lo hanno indotto ad attivare il controllo tecnologico *ex post*, considerato che solo tale "fondato sospetto" consente al datore di lavoro di porre la sua azione al di fuori del perimetro di applicazione diretta dell'art. 4 Stat. lav. e tenuto altresì conto del più generale criterio legale *ex art.* 5 l. n. 604/1966 che grava la parte datoriale dell'onere di provare il complesso degli elementi che giustificano il licenziamento». Sulla materia L. A. COSATTINI, *I controlli difensivi dopo il Jobs Act: la "terza via" della Cassazione*, in *Lav. giur.*, 2022, IV, p. 365 ss.

25 Cfr. Cass., Sez. Lav., 26 giugno 2023, n. 18168, cit.

26 Cass., Sez. Lav., 26 giugno 2023, n. 18168, cit. Sul punto N. DE MARINIS, *Privacy e lavoro: lo stato della giurisprudenza*, in C. PISANI-G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 470 ss.



3. I principi dettati dalla Corte di Cassazione in tema di utilizzabilità dei dati raccolti dagli investigatori privati.

L'individuazione del perimetro di legittimità del potere di controllo del datore di lavoro, costituendo il limite per l'utilizzabilità delle prove raccolte, rappresenta il presupposto necessario rispetto all'accertamento della validità del licenziamento del prestatore di lavoro.

Nel caso di specie, la Suprema Corte di Cassazione, dopo aver ricordato l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, in materia di controlli difensivi²⁷, precisa che la sussistenza del "fondato sospetto", quale elemento legittimante, doveva considerarsi accertato dal momento che le indagini investigative erano state avviate per eventuali atti di concorrenza compiuti dal dipendente. Ed infatti, la condotta tenuta da quest'ultimo è stata connotata da frode idonea a conseguire indebiti arricchimenti a danno della società datrice di lavoro.

Sul punto la Corte precisa che il sospetto consente l'avvio delle indagini e la loro legittimità, ma non ne limita l'oggetto. Chiaramente questo non può sconfinare in controlli sull'esattezza della prestazione lavorativa, ma deve considerarsi legittimo anche quando, come nel caso in esame, permette di accertare l'esecuzione di prestazioni in favore di terzi, anche non in concorrenza, o per scopi estranei all'attività di impresa datoriale. Pertanto, veniva confermato il carattere fraudolento del comportamento del lavoratore²⁸, essendo state dimostrate le falsità integranti artifici e raggiri, tipici della truffa, nella trasmissione dei dati inerenti ai tempi e alle modalità di esecuzione della sua prestazione lavorativa al sistema aziendale. Pur sulla base di tali premesse, la Corte di Cassazione ha ritenuto meritevoli di accoglimento le doglianze del lavoratore inerenti all'omessa considerazione da parte della Corte territoriale della mancata indicazione, nel mandato investigativo, dei nominativi degli investigatori delegati all'esecuzione delle indagini, con conseguente lesione del diritto alla riservatezza. Come emerge dagli atti del giudizio, l'autore materiale del pedinamento operato nei confronti del lavoratore era dipendente di una società diversa da quella incaricata dal datore di lavoro, avendo questa, di fatto, "subappaltato" l'esecuzione dell'intervento a investigatori privati esterni alla propria struttura.

Ebbene, la Corte rileva che l'indicazione del nominativo dei soggetti che in concreto hanno eseguito le indagini, se non riconducibili alla società di investigazione che ha ricevuto

27 Si richiama Cass., Sez. Lav., 22 settembre 2021, n. 25732, cit., e Cass., Sez. Lav., 26 giugno 2023, n. 18168, cit.

28 Sul punto Cass., Sez. Lav., 11 giugno 2018, n. 15094, cit., precisa che «I controlli del datore di lavoro a mezzo di agenzia investigativa, riguardanti l'attività lavorativa del prestatore svolta anche al di fuori dei locali aziendali, sono legittimi solo ove siano finalizzati a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti od integrare attività fraudolente, fonti di danno per il datore medesimo, non potendo, invece, avere ad oggetto l'adempimento della prestazione lavorativa, in ragione del divieto di cui agli artt. 2 e 3 St. Lav.».



direttamente l'incarico, è un requisito di validità e di liceità di tali indagini e, quindi, di utilizzabilità del relativo esito. Il problema risiede chiaramente nel fatto che il mandato investigativo, pur autorizzando l'agenzia investigativa ad avvalersi della collaborazione di soggetti esterni, prevedeva che, in tal caso, essa avrebbe dovuto indicare i relativi nominativi in calce all'atto di incarico. Tale indicazione, invece, era mancata sia *ab origine*, sia *ex post* in calce al mandato ricevuto, comportando, di conseguenza, l'inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 196/2003, dei dati raccolti da soggetti non legittimati a farlo²⁹.

All'uopo, viene richiamata la disciplina contenuta nel provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 06 novembre 2008, n. 60, allegato A.6 al d.lgs. n. 196/2003³⁰. Nella versione applicabile *ratione temporis*, all'art. 8, comma 4, prevedeva che l'investigatore privato incaricato dovesse eseguire personalmente l'incarico, potendo, però, avvalersi di altri investigatori privati se indicati nominativamente all'atto del conferimento dell'incarico, oppure successivamente in calce ad esso qualora tale possibilità fosse stata prevista nell'atto di incarico³¹.

In riferimento a ciò, la Suprema Corte precisa che prescrizioni contenute nei codici deontologici hanno valore "normativo", conferitogli dall'art. 12 del d.lgs. n. 196/2003, che prevedeva un regime di pubblicità sulla Gazzetta Ufficiale e prescriveva il relativo rispetto come condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento dei dati personali effettuato da soggetti privati e pubblici. La medesima forza normativa risulta, oggi, essere confermata dall'art. 2-*quater*, comma 4, del d.lgs. n. 196/2003, introdotto con il d.lgs. n. 101/2018 in adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, c.d. Regolamento generale sulla protezione dei dati (di seguito anche GDPR)³².

Dal riconoscimento della valenza normativa dei codici deontologici discendono precise conseguenze. Innanzitutto, opera il principio "*iura novit curia*". Il giudice, quindi, deve individuarli e farne applicazione a prescindere dalla loro invocazione dalla parte interessata.

29 L'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 196/2003, nella versione applicabile *ratione temporis*, ovvero antecedente alle modifiche introdotte per opera del d.lgs. n. 101/2018, prevedeva che «I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati».

30 Recante il «Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali effettuato per svolgere investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria».

31 Tale prescrizione è rimasta sostanzialmente immutata nel contenuto anche a seguito delle modifiche introdotte dalla delibera del Garante per la protezione dei dati personali del 19 dicembre 2018, n. 512, nuovo allegato A.6 al d.lgs. n. 196/2003, contenente «Regole deontologiche relative ai trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive o per fare valere o difendere un diritto in sede giudiziaria».

32 Sulla qualificazione dei codici deontologici come "fonti normative integrative" cfr. Cass., Sez. III, 06 giugno 2014, n. 12834, in *Foro it.*, 2015, 1, I, p. 120.



Sul piano sanzionatorio, invece, la violazione della regola deontologica comporta l'inutilizzabilità dei dati raccolti nel corso dei pedinamenti, stante il disposto dell'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 196/2003, che, nella formulazione vigente all'epoca dei fatti, prevedeva una inutilizzabilità assoluta, ossia senza limiti né clausole di salvezza e che opera già in fase extraprocessuale³³. Il datore di lavoro non poteva, quindi, porre i risultati dei pedinamenti a fondamento della contestazione disciplinare e poi produrli in giudizio come mezzo di prova.

In definitiva la Corte di Cassazione evidenzia che tale norma preclude al giudice di fondare il proprio convincimento su dati acquisiti in modo non rispettoso delle regole dettate dal legislatore e dai codici deontologici. Non essendo stati indicati neppure successivamente i nominativi degli investigatori esterni di cui si è avvalsa l'agenzia incaricata, viene meno non solo l'utilizzabilità della relazione investigativa, ma anche la possibilità del raffrontare quei dati con quelli dichiarati dal lavoratore nel sistema aziendale di attestazione dei tempi e delle modalità di esecuzione della sua prestazione lavorativa. Pertanto, la sentenza della Corte territoriale viene cassata e la causa rinviata alla medesima Corte, in diversa composizione, affinché venga decisa nel merito alla luce dei principi di diritto sanciti dalla Corte di Cassazione sopra riportati.

4. Sulla difficile distinzione tra illecito e inadempimento nell'ambito del contratto di lavoro.

La Corte di Cassazione, con non poca promiscuità³⁴, giunge ad una soluzione pressoché "omogenea" rispetto agli artt. 2, 3 e 4 St. Lav. in ordine all'interesse datoriale ad una maggiore flessibilità nell'esercizio del potere di controllo, identificando nel "comportamento illecito del lavoratore" il primo presupposto per esulare dalla rigida disciplina statutaria. In particolare, per quel che interessa in questa sede, è riconosciuta la legittimità del ricorso ad investigatori privati da parte del datore di lavoro in caso di sospetti sulla commissione di atti illeciti da parte dei dipendenti non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione contrattuale³⁵.

Il problema, però, risiede nell'individuare il labile confine che la Corte di Cassazione va delineando tra illecito contrattuale ed illecito extracontrattuale. In effetti, nel campo del

33 L'articolo è stato abrogato dal d.lgs. n. 101/2018 e sostituito con l'art. 2-*decies* contenente identica formulazione, ma con l'aggiunta della salvezza di quanto previsto dall'art. 160-*bis* d.lgs. n. 196/2003, il quale dispone che «La validità, l'efficacia e l'utilizzabilità nel procedimento giudiziario di atti, documenti e provvedimenti basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di Regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali».

34 Così P. LAMBERTUCCI, *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, cit., p. 1054. In tal senso anche A. MARESCA, *op. cit.*, p. 9.

35 *Ex multis* Cass., Sez. Lav., 22 maggio 2017, n. 12810, cit.; Cass., Sez. Lav., 04 settembre 2018, n. 21621, cit.; Cass., Sez. Lav., 24 agosto 2022, n. 25287, in *Diritto e Giustizia*, 25 agosto 2022, e in *Labor*, 2023, I, p. 69 ss., con nota di A. INGRAO, *Il controllo difensivo sugli atti illeciti dei lavoratori da parte di agenzie investigative tra Statuto dei lavoratori, Testo Unico di Pubblica Sicurezza e normativa a protezione dei dati personali*.



rapporto di lavoro, tale distinzione appare sostanzialmente impraticabile, poiché la maggior parte dei comportamenti illeciti commessi dal lavoratore hanno anche una valenza di inadempimento contrattuale e sono, quindi, disciplinarmente rilevanti³⁶.

Riprendendo riflessioni formulate con riferimento alla fattispecie dei controlli difensivi, ma di cui se ne apprezza la validità anche rispetto al tema di cui trattasi, parte della dottrina ha affermato che il controllo “difensivo” è tale esclusivamente nel caso in cui riguardi comportamenti del lavoratore che possano acquisire una rilevanza giuridica del tutto autonoma rispetto agli obblighi connessi al rapporto di lavoro³⁷. Ciò si verificerebbe quando la condotta del lavoratore, indipendentemente dai profili di responsabilità contrattuale o extracontrattuale che può comportare, assume anche rilevanza penale. Pertanto, sarebbe legittimo il controllo datoriale in deroga ai limiti dello Statuto solamente ove questo avesse ad oggetto un comportamento che, pur potendo assumere la connotazione di illecito contrattuale, presenti anche una propria e distinta rilevanza giuridica come fattispecie penalmente rilevante.

Il criterio della rilevanza penale permetterebbe, così, di fare chiarezza su un confine, quello tra l’illecito contrattuale e l’illecito extracontrattuale, eccessivamente esposto alla discrezionalità del giudice per la considerazione che un illecito extracontrattuale è, allo stesso tempo, anche un inadempimento degli obblighi assunti dal lavoratore con la stipulazione del contratto³⁸.

A parere di altra dottrina, invece, si dovrebbe concentrare l’attenzione sulla gravità del comportamento, in atto o potenziale, del lavoratore, da cui origina l’insopprimibile esigenza defensionale dell’impresa³⁹. Dovrebbe, quindi, ridimensionarsi il peso attribuito alla rigida distinzione tra controlli sull’illecito e controlli sull’inadempimento, dovendo essere accolta

36 Sulla delicata distinzione tra comportamento illecito e inadempimento, di cui offrono testimonianza le critiche dottrinali in materia di controlli difensivi, da ultimo A. INGRAO, *Il controllo difensivo sugli atti illeciti dei lavoratori da parte di agenzie investigative tra Statuto dei lavoratori, Testo Unico di Pubblica Sicurezza e normativa a protezione dei dati personali*, in *Labor*, 2023, I, p. 74. Sul tema anche C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro, l’art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 500; A. BELLAVISTA, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, p. 466; P. TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 89; R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 84 ss.

37 M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, III, p. 483 ss.; M. MARAZZA, *Lavoro e controlli “difensivi” dopo il Jobs Act*, in *Giustiziavivile.com*, 22 febbraio 2017.

38 M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., p. 483 ss., ritiene che la rilevanza penale della condotta posta in essere dal dipendente potrebbe agevolare, con una certa oggettività, la codificazione giurisprudenziale di una nuova tipologia di controlli a distanza difensivi che esulano dal campo di applicazione dell’art. 4 St. Lav.

39 V. MAIO, *op. cit.*, p. 1196 ss.



una nozione di «attività dei lavoratori» quale «attività lecita, lavorativa o meno, che il datore di lavoro mette in conto possa conseguire dalla relazione contrattuale»⁴⁰. Il rapporto di lavoro rappresenterebbe semplicemente il presupposto per la commissione del fatto illecito extracontrattuale⁴¹.

Pertanto, nel caso in cui venga commesso un atto connotato da particolare gravità, tale da integrare un illecito extracontrattuale o penale, ma che potrebbe, allo stesso tempo, configurare anche un gravissimo inadempimento contrattuale, il controllo difensivo sarebbe giustificato.

Tuttavia, la dottrina ritiene che perché possa dirsi legittimo un controllo datoriale che esula dai limiti dell'art. 4 St. Lav., questo dovrebbe essere occasionato dalla necessità, non dilazionabile nel tempo e non realizzabile altrimenti, di accertare l'illecito commesso dal lavoratore⁴². In sostanza, il ricorso a controlli difensivi deve comunque considerarsi eccezionale, sia per ragioni temporali che operative.

Ciò premesso, si è argomentato che, pur nel rispetto di tali parametri, il controllo difensivo dovrebbe inquadrarsi nella nozione civilistica di legittima difesa nei rapporti tra privati⁴³, fondata sul combinato disposto degli artt. 2044 c.c. e 52 c.p. e intesa come facoltà di respingere l'attacco altrui⁴⁴. L'intervento di vigilanza rappresenterebbe, quindi, la legittima difesa del datore di lavoro di fronte ad un illecito del lavoratore e, per tal ragione, verrebbe consentito anche in deroga agli adempimenti procedurali di cui all'art. 4 St. Lav., ove fosse dimostrata la necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta⁴⁵.

Ma a parere di chi scrive la risposta all'interrogativo in esame non può prescindere dai canoni ermeneutici offerti dall'art. 2043 c.c., che definisce fatto illecito «qualunque fatto doloso

40 Cfr. V. MAIO, *op. cit.*, p. 1196 ss. Sulla possibile distinzione tra «attività dei lavoratori» e «attività di lavoro» U. ROMAGNOLI, *Art. 4*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Il Foro Italiano-Zanichelli, Roma-Bologna, 1979, p. 18, segnalava che la norma riguarda il controllo «esercitato non già sulla sola attività lavorativa, bensì sull'attività in genere dei lavoratori, erodendo fino ad annullarli i margini di riservatezza nella vita aziendale del lavoratore».

41 Sulla distinzione tra illecito contrattuale e illecito extracontrattuale A. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, in G. GROSSO-F. SANTORO-PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, vol. IV, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1961, pp. 10-11.

42 V. MAIO, *op. cit.*, p. 1200.

43 V. MAIO, *op. cit.*, p. 1200 ss., secondo cui in forza di tale ricostruzione si arriverebbe a ritenere che l'attività di controllo diverrebbe improduttiva di danno ingiusto, e, pertanto, non potrebbe più essere considerata antiggiuridica. Inoltre, attribuirebbe maggiori certezze anche per il lavoratore, soprattutto sul piano processuale.

44 Sulla materia C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Giuffrè, Milano, 2005, p. 90.

45 Cass., Sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4492, in *Giust. civ.*, 2009, 7-8, I, p. 1542.



o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto»⁴⁶. L'elemento del danno, pertanto, permetterebbe di interpretare in chiave restrittiva l'ambito di operatività di quei controlli che vengono effettuati oltre i rigidi vincoli individuati dallo Statuto dei Lavoratori, la cui legittimità dovrebbe essere valutata dal giudice in relazione al reale danno subito dal datore di lavoro.

Tale esigenza delimitativa emerge in particolar modo per l'attività delle agenzie investigative, essendo questa una modalità di controllo non nota alle disposizioni statutarie e di cui, dunque, è opportuno limitarne, ancor di più, il ricorso ai casi strettamente necessari.

Nel caso di specie, le indagini investigative avevano permesso di accertare l'esecuzione di prestazioni rese in favore di terzi, non in concorrenza con l'azienda datrice, durante l'orario di lavoro o, comunque, per scopi estranei all'attività di impresa datoriale. Tale condotta, secondo la Corte, oltre ad essere connotata da frode, è di fatto idonea a conseguire indebiti arricchimenti a danno della società datrice di lavoro. Il danno ingiusto si configurerebbe nel fatto che la società non ha ricevuto le prestazioni richieste al lavoratore e per le quali quest'ultimo si era obbligato. Ne segue che le conseguenze lesive si realizzerebbero indipendentemente dal carattere concorrenziale dell'attività extralavorativa⁴⁷, purché però vi sia un'incompatibilità oggettiva.

Ma se si considera il rilievo contrattuale che simili condotte assumono *ex artt.* 2104 e 2105 c.c., risulta di solare evidenza la difficoltà di ricondurre la fattispecie in esame esclusivamente nell'alveo della responsabilità extracontrattuale. Giova ricordare che il prestatore nello svolgimento dell'attività lavorativa è tenuto ad usare la diligenza richiesta non solo dalla natura della prestazione dovuta, ma anche dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Peraltro, questi, nel rispetto dell'obbligo di fedeltà, non deve trattare affari in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare informazioni inerenti all'organizzazione e alla produzione aziendale o utilizzarle in modo tale da recare ad essa pregiudizio.

Il perimetro della legittimità del ricorso ad investigatori privati andrebbe, quindi, cercato non tanto nel confine tra illecito contrattuale ed illecito extracontrattuale, particolarmente sfuggente nel rapporto di lavoro, ma piuttosto nell'oggetto del controllo. Come ormai chiarito dalla Suprema Corte, la vigilanza non può verificare l'"adempimento", il quale viene inteso in

46 M. FRANZONI, *Fatti illeciti, sub art. 2043*, in G. DE NOVA (a cura di), *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 13 ss. In una diversa prospettiva R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 17 ss., il quale ricostruisce l'illecito civile ammettendo la possibilità anche di un «illecito non dannoso».

47 Cfr. Cass., Sez. Lav., 22 maggio 2017, n. 12810, cit.; Cass., Sez. Lav., 11 giugno 2018, n. 15094, cit., le quali riconoscono espressamente che l'attività extralavorativa svolta dal lavoratore in favore di società concorrenti consiste in un'attività illegittima, fonte di danni per il datore di lavoro.



senso restrittivo come diligente esecuzione della prestazione di lavoro, essendo legittimo l'intervento solamente ove sia finalizzato a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti od integrare attività concorrenziali o altrimenti fraudolente⁴⁸. Il divieto di controlli occulti non può trovare applicazione nelle ipotesi di eventuale realizzazione di comportamenti illeciti esulanti dalla normale attività lavorativa pur se commessi nel corso di essa, quando, dunque, l'inadempimento costituisce anche violazione di obblighi extracontrattuali di rilievo penale⁴⁹.

5. La protezione della *privacy* del lavoratore e l'inutilizzabilità dei dati raccolti: osservazioni conclusive.

La legittimità delle indagini investigative sui comportamenti illeciti del lavoratore, se da un lato realizza l'interesse datoriale racchiuso nell'art. 41 Cost., dall'altro sacrifica in modo significativo i diritti fondamentali di dignità, libertà e riservatezza del lavoratore. Il monitoraggio operato dagli investigatori privati costituisce, infatti, un controllo sull'intera vita di quest'ultimo, soprattutto ove vengano eseguiti pedinamenti al di fuori dei locali aziendali⁵⁰.

In considerazione del fatto che tali controlli costituiscono un trattamento dei dati personali, risultano essere sottoposti al ferreo rispetto del Regolamento (UE) 2016/679, c.d. GDPR, e del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, come modificato per opera del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101⁵¹. Chiaramente, la normativa sulla *privacy* dovrà essere parametrata alla particolare natura del controllo, in quanto qualora il lavoratore sospettato di essere responsabile di illeciti avesse

48 Cass., Sez. Lav., 11 giugno 2018, n. 15094, cit.; Cass., Sez. Lav., 24 agosto 2022, n. 25287, cit., in cui si riconosce la legittimità del ricorso ad investigatori privati se finalizzato ad accertare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti come l'esercizio durante l'orario lavorativo di attività retribuita in favore di terzi.

49 Cass., Sez. Lav., 03 novembre 2000, n.14383, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2811.

50 G. CASSANO, *Quando il giudizio di proporzionalità salva i controlli difensivi occulti: Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione a confronto*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, II, p. 530 ss.

51 Così A. INGRAO, *Il controllo difensivo sugli atti illeciti dei lavoratori da parte di agenzie investigative tra Statuto dei lavoratori, Testo Unico di Pubblica Sicurezza e normativa a protezione dei dati personali*, cit., p. 79; A. PIZZOFRATTO, *Gli effetti del GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, IV-V, p. 1034. Per un'analisi del tema si rinvia a G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, in C. PISANI-G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 351 ss. Sulla disciplina *privacy* si vedano altresì L. CALAFÀ, *I limiti derivanti dalla disciplina della tutela della riservatezza*, in A. LEVI (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 145 ss.; S. GIUBBONI, *Potere datoriale di controllo e diritto alla privacy del lavoratore. Una sinossi delle fonti europee e internazionali*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 81 ss.



diritto di essere informato preventivamente dell'avvio dell'indagine, l'efficacia e l'esito di quest'ultima potrebbero risultare pregiudicati⁵².

Innanzitutto, l'attività degli investigatori privati può essere eseguita esclusivamente sulla base di un apposito incarico conferito per iscritto, il quale deve menzionare in maniera specifica gli elementi di fatto che giustificano l'investigazione e il termine ragionevole entro cui questa deve essere conclusa. L'investigatore deve, poi, eseguire personalmente l'incarico ricevuto e può avvalersi solo di altri investigatori privati indicati nominativamente all'atto del conferimento dell'incarico, oppure successivamente in calce a esso qualora tale possibilità sia stata prevista nell'atto di incarico⁵³.

Nell'espletamento dell'incarico, l'investigatore deve astenersi dal porre in essere prassi elusive di obblighi e di limiti di legge e deve conformarsi ai principi di liceità, trasparenza e correttezza del trattamento sanciti dal GDPR e dal d.lgs. n. 196/2003⁵⁴.

Sul piano informativo, trattandosi di dati che l'agenzia investigativa acquisisce «presso l'interessato», deve essere fornita al lavoratore una informativa preventiva ai sensi dell'art. 13 del GDPR, in merito all'identità e ai dati di contatto del titolare del trattamento, alle finalità del trattamento, agli eventuali destinatari dei dati personali, nonché all'intenzione del titolare del trattamento di trasferire dati personali a un paese terzo o a un'organizzazione internazionale. L'informativa, in caso di controllo su comportamenti illeciti dei lavoratori, dovrà essere necessariamente preventiva e generale, potendo altrimenti l'intervento essere pregiudicato nell'efficacia⁵⁵.

L'agenzia, infine, è tenuta ad agire nel rispetto dei principi indicati nell'art. 5 del GDPR. I dati personali devono essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in un modo che non sia incompatibile con tali finalità; devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati⁵⁶; devono essere conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati;

52 G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, IV, p. 553.

53 Delibera del Garante per la protezione dei dati personali del 19 dicembre 2018, n. 512, nuovo allegato A.6 al d.lgs. n. 196/2003 (art. 8, comma 4). Dapprima in tal senso anche l'autorizzazione generale del Garante per la protezione dei dati personali del 15 dicembre 2016, n. 6, «Autorizzazione al trattamento dei dati sensibili da parte degli investigatori privati».

54 Art. 9 nuovo allegato A.6 al d.lgs. n. 196/2003.

55 Cfr. A. INGRAO, *Il controllo difensivo sugli atti illeciti dei lavoratori da parte di agenzie investigative tra Statuto dei lavoratori, Testo Unico di Pubblica Sicurezza e normativa a protezione dei dati personali*, cit., p. 79; G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., p. 553. V. anche P. CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento di dati personali del lavoratore*, Cacucci, Bari, 2000, p. 20.

56 Nel rispetto del principio della c.d. «minimizzazione dei dati».



devono essere trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali⁵⁷. In caso di mancato rispetto di tali limiti, il trattamento di dati dovrà considerarsi illecito e la prova inutilizzabile⁵⁸.

Un'ultima riflessione vuole essere svolta proprio in merito al tema della utilizzabilità dei dati acquisiti mediante attività investigativa sui lavoratori.

Nel caso di specie, la mancata indicazione del nominativo dei soggetti che in concreto hanno eseguito le indagini ha determinato l'inutilizzabilità dei dati raccolti, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 196/2003 applicabile *ratione temporis*.

Oggi questo regime di inutilizzabilità "assoluta" risulta essere non più attuale, avendo il legislatore fatto salvezza di quanto previsto dall'art. 160-bis del d.lgs. n. 196/2003⁵⁹, il quale dispone che per l'utilizzabilità nel procedimento giudiziario di atti basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di Regolamento si applicano le pertinenti disposizioni processuali⁶⁰.

Il problema, come è stato anche evidenziato dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento, risiede nel fatto che il codice di rito civile non riconosce espressamente la categoria giuridica della "inutilizzabilità" della prova. Da qui il rischio di lasciare al giudice il potere discrezionale di decidere se il dato sia utilizzabile o meno ai fini della decisione.

Sul punto si rileva che la categoria dell'inutilizzabilità della prova non è sconosciuta alla giurisprudenza, la quale ne prevede l'applicazione in diverse fattispecie⁶¹. Peraltro, sulla base dell'interpretazione delle norme ordinarie, sostanziali e processuali conformi alla

57 Principio dell'«integrità e riservatezza».

58 A. INGRAO, *Il controllo difensivo sugli atti illeciti dei lavoratori da parte di agenzie investigative tra Statuto dei lavoratori, Testo Unico di Pubblica Sicurezza e normativa a protezione dei dati personali*, cit., p. 79.

59 Art. 2-decies d.lgs. n. 196/2003.

60 M. GAMBACCIANI, *L'utilizzabilità nel processo delle prove raccolte in violazione delle norme sulla privacy*, in C. PISANI-G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 800 ss.; S. GARSIA-V. GIUNTA, *La prova formata in violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali. Profili giuslavoristici*, in *Mass. Giur. lav.*, 2022, I, p. 92 ss.

61 Tra le ultime Cass., Sez. I, 27 luglio 2023, n. 22915, in *Giust. civ. mass.*, 2023, secondo la quale l'inosservanza del termine ordinatorio per ottemperare all'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. non comporta l'inutilizzabilità a fini probatori della relativa produzione documentale; Cass., Sez. VI, 27 gennaio 2022, n. 2397, in *Giust. civ. mass.*, 2022, per la quale, nel processo tributario, una volta avvenuto il disconoscimento della scrittura privata prodotta in giudizio, ove non sia raggiunta la prova della sua provenienza dalla parte che l'ha disconosciuta, il documento è inutilizzabile ai fini della decisione. Cfr. anche Cass., Sez. VI, 08 novembre 2016, n. 22677, in *Foro it.* 2017, 5, p. 1689, la quale si è pronunciata nel senso della inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite in un giudizio di addebito della separazione.



Costituzione, è possibile ricavare nell'ordinamento una regola generale di esclusione della prova illecita nel processo civile, pur non essendo espressamente prevista⁶².

In dottrina, invero, si registrano due orientamenti opposti. Una prima corrente ha ritenuto utilizzabili tali prove sulla considerazione che le condotte illecite poste in essere al fine di ottenere una prova non possano in alcun modo intaccare il processo, appartenendo ad un contesto esclusivamente extraprocessuale⁶³. In secondo luogo si è posto l'accento sul fatto che una regola generale di esclusione delle prove illecite dal novero delle prove utilizzabili non trova riscontro nel dato positivo dell'ordinamento civile⁶⁴. A questa tesi si contrappone un diverso orientamento dottrinale volto a sostenere l'inutilizzabilità delle prove illecite nel processo civile anzitutto perché non sarebbe coerente consentire ad una parte di ottenere maggiori benefici rispetto a quelli che l'agire *secundum ius* le avrebbe garantito⁶⁵. A conferma di ciò è stato addotto, quale argomento fondante, il principio del giusto processo *ex art. 111 Cost.*⁶⁶. Si è, poi, osservato come la tesi dell'inutilizzabilità delle prove illecite possa essere ricostruita anche sulla base dei principi su cui si fonda un ordinamento giuridico rispettoso dei diritti di libertà e della dignità dell'uomo⁶⁷.

Di recente la Corte di Cassazione ha stabilito che, pur dovendosi escludere un'applicazione diretta o analogica della norma dettata dall'art. 191 c.p.p. al processo civile, rimane precluso l'accesso a quelle prove la cui acquisizione concreti una diretta lesione di interessi costituzionalmente tutelati riferibili alla parte contro cui la prova viene utilizzata, ove queste siano state acquisite illecitamente⁶⁸. Tuttavia, tale principio troverebbe il suo limite nel caso in cui il trattamento venga effettuato per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria⁶⁹.

Orbene, l'applicazione della categoria giuridica della inutilizzabilità della prova, oltre ad essere effettivamente conosciuta anche nel processo civile, a parere di chi scrive, si rivela necessaria ove prevista da norme di carattere sostanziale, come nel caso di specie⁷⁰. Ed infatti,

62 Per una disamina in materia L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 193 ss.; P. LEANZA, *Le prove civili*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 129 ss.; A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, III, p. 694 ss.; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet, Torino, 2010, p. 64 ss.; L. ARIOLA, *Le prove atipiche nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 125 ss.; F. ANGELONI, *Le prove illecite*, Cedam, Padova, 1992, p. 183 ss.

63 G. F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 70 ss.

64 E. ONDEI, *Utilizzazione di prove acquisite con mezzi illeciti*, in *Foro pad.*, 1972, I, p. 424 ss.

65 F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, p. 63 ss.

66 L. P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 64 ss.

67 A. GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 700 ss.

68 Cass., Sez. III, 05 maggio 2020, n. 8459, in *Foro it.*, 2021, 1, I, p. 244, pronunciata in materia di accertamento della paternità.

69 Art. 18, par. 2, art. 17, par. 3, lett. e), e art. 21, par. 1, Regolamento (UE) 2016/679.

70 Cfr. art. 2-*decies* d.lgs. n. 196/2003.



solo invocando l'inutilizzabilità sul piano processuale sarebbe possibile attribuire effettività ad un principio di valore strettamente sostanziale. Appare totalmente illogico e irrazionale un sistema nel quale un dato trattato in violazione della disciplina legale e, per tal ragione, definito inutilizzabile, venga poi legittimamente valutato in giudizio. Pertanto, applicare la categoria processuale dell'inutilizzabilità della prova nel processo civile appare giustificato, o meglio necessitato, dalla superiore opportunità di realizzare una ricostruzione coerente e logico-sistematica dell'ordinamento giuridico.

In ultima analisi, l'inutilizzabilità della prova deve valutarsi anche tenendo conto degli ampi poteri istruttori riconosciuti al giudice nel rito del lavoro ai sensi dell'art. 421, comma 2, c.p.c., il quale prevede espressamente la possibilità di disporre d'ufficio l'ammissione di «ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile». La norma trova la sua *ratio* nell'esigenza di accertamento della verità in considerazione sia della natura inderogabile delle disposizioni che il giudice del lavoro applica sia della posizione di debolezza del lavoratore, la quale impone un intervento volto ad evitare la pronuncia di sentenze distanti dalla realtà fattuale e giuridica⁷¹. I poteri istruttori si giustificano, inoltre, per il sistema di preclusioni che caratterizza il rito del lavoro. Questi, infatti, hanno la funzione di riequilibrare la posizione di svantaggio processuale del ricorrente, il quale, incorrendo nelle decadenze prima della formazione del contraddittorio, rischia di scontare lacune di difesa⁷².

L'attività del giudice, tuttavia, non può estendersi sino a consentire l'assunzione di prove in violazione di norme di legge⁷³. Deve in ogni caso rispettare i limiti intrinseci dei singoli mezzi di prova al fine di evitare che possano entrare nel processo prove illecite. Ne deriva, pertanto, che il problema dell'utilizzabilità delle prove illecite non assume diversa rilevanza in relazione ai poteri officiosi del giudice⁷⁴.

71 M. BOVE, *Istruzione probatoria nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, III, pp. 913-914; P. COPPOLA, *I poteri istruttori del giudice del lavoro*, in *Lav. dir. Europa*, 2023, n.s., p. 2 ss.

72 P. COPPOLA, *op. cit.*, p. 9.

73 G. VIDIRI, *I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.*, 2010, III, p. 147 ss.

74 Cfr. P. COPPOLA, *op. cit.*, p. 12.



IMPRESA, LAVORO, AMBIENTE: LE RELAZIONI SINDACALI SULLA QUESTIONE AMBIENTALE.

Stefano Rossi

Ispettore del lavoro e dottore di ricerca in Sistemi Giuridici ed Economici - DJSGE dell'Università degli Studi di Bari, Dipartimento Jonico.

Abstract [It]: I tre pilastri della sostenibilità economica (ovvero la capacità di generare reddito e lavoro per il sostentamento della popolazione), sociale (ovvero la capacità di garantire condizioni di benessere, sicurezza, salute, giustizia, istruzione, democrazia e partecipazione) ed ambientale (ovvero la capacità di mantenere il patrimonio e la riproducibilità delle risorse naturali) sono il presupposto necessario e imprescindibile per uno sviluppo sostenibile. Ne consegue che i modi di organizzazione del lavoro devono essere orientati ad escludere, limitare o contenere i rischi ambientali. La prestazione di lavoro oggi è sempre più sganciata dal territorio quale luogo fisico identificato nella fabbrica e pertanto, i modelli aziendali devono considerare le condizioni ambientali non solo del singolo lavoratore, ma anche gli eventi che possono colpire altri prestatori, l'ambiente circostante e la popolazione. Sulla base di questo modello di sostenibilità deve essere riletto l'art. 2087 c.c. (ma anche il t.u. Sicurezza) in una dimensione non solo privatistica, ma anche e soprattutto pubblica e solidaristica, con una proiezione alla responsabilità sociale d'impresa. Il sistema di gestione dei rischi aziendali perciò non deve essere lasciato a scelte individualistiche imprenditoriali, foriero di una valutazione economicistica del fare impresa, ma dovrà essere condiviso attraverso la contrattazione collettiva decentrata e un *welfare* partecipativo (si pensi alla previsione di premi di risultato collegati a obiettivi di risparmio e di efficienza energetica, all'attuazione di programmi di *welfare* aziendale per la mobilità sostenibile, alla promozione del lavoro agile, al coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e della cittadinanza nella definizione delle strategie ambientali).

Abstract [En]: *The three pillars of economic sustainability (ie the ability to generate income and work for the livelihood of the population), social (ie the ability to ensure conditions of well-being, safety, health, justice, education, democracy and participation) and environmental (the ability to maintain the heritage and the reproducibility of natural resources) are the necessary and indispensable prerequisites for sustainable development.. It follows that ways of organising work must be directed towards excluding, limiting or containing environmental risks. Work performance today is increasingly disconnected from the territory as a physical place identified in the factory and therefore, business models must consider the environmental conditions not only of the individual worker, but also events that may affect other providers, the surrounding environment and population. On the basis of this sustainability model, art. 2087 c.c. (but also the t.u. Security) in a dimension not only private, but also and above all public and solidarity, with a projection to corporate social responsibility. The system of management of the business risks therefore must not be left to entrepreneurial individualistic choices, harbinger of an economic evaluation of doing business, but must be shared through decentralized collective bargaining and a participatory welfare (consider the provision of performance bonuses linked to energy saving and efficiency objectives, the implementation of corporate welfare programmes for sustainable mobility, the promotion of agile work, the involvement of trade unions and citizens in the definition of environmental strategies).*



SOMMARIO: 1. L'interconnessione funzionale tra lavoro ed ambiente. - 2. La dimensione pubblicistica degli obblighi di salute e sicurezza. - 2.1. La destrutturazione del luogo di lavoro: gli obblighi di sicurezza nell'ambito dell'organizzazione aziendale - 3. Il nuovo ruolo della Responsabilità sociale di impresa. - 3.1. La "giuridificazione" e la sanzionabilità dei comportamenti sociali ed ambientali. - 3.2. Il metodo negoziale collettivo in funzione integrativa del precetto legale: il contributo delle relazioni sindacali alla questione ambientale. - 3.2.1. La retribuzione indiretta. - 3.2.1.1. Il *reshoring*, il costo del lavoro e gli oneri derivanti dalle normative ambientali. - 3.2.2. Il diritto non economico. - 3.2.3. I diritti di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa. - 3.3. Azione di sostegno ed incentivo pubblico alle pratiche sociali ed ambientali aziendali. - 4. Il bene ambiente nel bilanciamento tra impresa e lavoro: la funzione pubblica del sindacato.

1. L'interconnessione funzionale tra lavoro ed ambiente.

Domenico Garofalo in riferimento alla vicenda *ex Ilva* afferma che «non esiste a Taranto un conflitto tra salute e lavoro, che non sono e non sono mai stati beni in conflitto, ma esiste solo una questione che riguarda i modi di organizzazione della produzione che mettono a rischio sia la salute sia il lavoro. Solo attraverso la corretta combinazione dei tre fattori che sono alla base della sostenibilità (ambientale, sociale, economico) è possibile renderla effettiva preservando salute e lavoro»¹.

Gli aspetti organizzativi del rapporto di lavoro, nei settori tradizionali dell'economia ma anche in quelli emergenti, veicolano perciò un potenziale di rischio ambientale più o meno intenso e manifesto, ma sempre considerevole, specie nei contesti in cui la dimensione spazio-temporale nell'esecuzione della prestazione lavorativa perde di centralità².

Nei tempi e nei luoghi del capitalismo contemporaneo³, l'idea stessa di subordinazione transita dalla fabbrica al territorio; con la conseguenza che se nel passato i soggetti maggiormente esposti al rischio erano i lavoratori dell'impresa, «oggi sono sempre più frequenti i casi nei quali il rischio è esteso alle popolazioni civili»⁴. Si avverte, di fronte a questo scenario, l'esigenza di una «riconsiderazione sistemica delle questioni ambientali», resasi tanto più necessaria nel momento in cui «nelle moderne società complesse ed integrate ha sempre

1 D. Garofalo, Diritto del lavoro e sostenibilità, in *Dir. merc. lav.*, 2021, n. 1, p. 35 ss.

2 Amplius M. Brollo, Le dimensioni spazio-temporali dei lavori - Il rapporto individuale di lavoro, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS, Campobasso, 25-26 maggio 2023, dattiloscritto.

3 A. Amendola, Diritto proprietario, beni comuni, comune: tra sperimentazioni istituzionali e trasformazione costituente, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, n. 4, p. 527.

4 G. Loy, Al principio, sta il principio della fatalità, in L. Guaglianone-F. Malzani (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 52; ma anche F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1985, n. 26, p. 221 s.



meno senso distinguere rigidamente gli ambienti di vita e gli ambienti di lavoro, così come la salute dei lavoratori da quella dei cittadini»⁵.

La funzione del diritto del lavoro quale «paradigma della umanizzazione della produzione attraverso il diritto»⁶, deve dunque rileggersi non solo in termini di ricerca del migliore punto di equilibrio tra le istanze di efficienza espresse dalle imprese e il diritto dei lavoratori a una esistenza sicura, libera e dignitosa, ma anche in relazione alla sostenibilità intesa nel significato più ampio del termine, comprensivo della dimensione legata alla salvaguardia dell'ambiente, quale obiettivo e valore dell'ordinamento giuridico direttamente ascrivibile alla categoria dell'interesse pubblico generale⁷.

I legami tra impresa, lavoro e società⁸ consentono, dunque, di prendere atto che la funzione economico-sociale del contratto deve confrontarsi con la dimensione ambientale della sostenibilità, abbandonando logiche di tipo esclusivamente mercantile⁹. I lavoratori non sono alla ricerca della sola retribuzione in cambio della prestazione di lavoro, ma volgono lo sguardo anche a valori sociali, al benessere organizzativo, alla crescita professionale, alla

5 P. Pascucci, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs diritto al lavoro?* in *Dir. lav. merc.*, 2013, n. 3, p. 673.

6 Sulla funzione del diritto del lavoro d'obbligo il rinvio a A. Vallebona, *Fini e tecniche del diritto del lavoro*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, in P. Rescigno-E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2009, tomo I, p. 3 ss., il quale afferma che «il fine del diritto, e quindi anche del diritto del lavoro, è la realizzazione della giustizia sociale», pertanto, prosegue l'Autore, i diritti dei lavoratori devono essere bilanciati con la tutela dell'organizzazione produttiva con l'effetto che «tra i fini del diritto del lavoro vi è anche la tutela dell'organizzazione».

7 Bruno Trentin in una intervista rilasciata a Carla Ravaioli (C. Ravaioli-B. Trentin, *Processo alla crescita. Ambiente, occupazione, giustizia sociale nel mondo neoliberista*, Editori Riuniti, Roma, 2000, p. 36) sostiene che «l'obiettivo che può conquistare l'adesione di grandi soggetti sociali come possono essere i lavoratori subordinati di qualsiasi professionalità o i lavoratori disoccupati, è quello di mutare le condizioni della loro subordinazione e della loro esclusione, e a questo scopo di cambiare il modo di produrre, la qualità dello sviluppo, rendendolo più compatibile con la salvaguardia della salute umana e dell'ambiente naturale».

8 R. Pessi, *L'accordo sul modello di welfare aziendale nel distretto industriale pratese: l'avvio di una possibile esperienza di welfare society*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2015, n. 145, p. 133 ss.

9 M. Tiraboschi, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, n. 3, p. 725 il quale ha osservato che il concetto di sostenibilità apre la strada a un sistema «maggiormente incentrato sulle esigenze della persona e sul suo effettivo contributo al processo produttivo ben oltre una valutazione di tipo esclusivamente mercantile del rapporto di lavoro sotteso allo scambio lavoro contro retribuzione». In termini analoghi gli studi che tendono ad inglobare il diritto del lavoro nel concetto di cittadinanza sociale, si veda M. Napoli, *Il lavoro tra cittadinanza e famiglia*, in M. Napoli (a cura di), *Diritto del lavoro. In trasformazione (2010-2014)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 185. Sul rapporto tra diritto del lavoro e cittadinanza, si veda A. Zoppoli, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" - IT, 2011, n. 131, spec. § 3, e G. Mundlak, *Industrial Citizenship, Social Citizenship, Corporate Citizenship: I Just Want My Wages*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2007, vol. 8, n. 2, pp. 719-748.



partecipazione ai processi decisionali, al miglioramento complessivo della qualità di vita¹⁰. Dall'altro lato, gli imprenditori¹¹ cominciano a comprendere che il business e la società hanno bisogno l'uno dell'altra «perché si integrano in una logica di interdipendenza propositiva»¹². Le stesse associazioni di imprese si sono fatte promotrici di idee e iniziative concrete per la sostenibilità sia in chiave sindacale sia con obiettivi di più ampia portata¹³.

In virtù di queste coordinate metodologiche e valoriali, è necessario domandarsi quale sia il limite dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro nei confronti non solo dei lavoratori ma anche dell'ambiente circostante (*infra*, § 2); se sia possibile ritenere la responsabilità sociale di impresa vincolativamente funzionalizzata alla tutela ambientale e quali possano essere le soluzioni alla non rinviabile questione ambientale (*infra*, § 3). All'esito della risposta a tali interrogativi, si potrà sostenere, con ragionevole convinzione, che la tutela del bene ambiente (art. 9 Cost.) rappresenta il terzo elemento di bilanciamento tra i valori dell'economia e del profitto (art. 41 Cost., art. 16 Carta Nizza; libertà economiche e tutela della concorrenza previste nel TFUE) e quelli della tutela del lavoro (artt. 3, 4, 35 ss. Cost. e diritti sociali enunciati nel TFUE e nella Carta di Nizza)¹⁴. Soggetto attivo nella ricerca del punto di equilibrio¹⁵ tra impresa, lavoro e ambiente, alla base di ogni organizzazione imprenditoriale, sono i sindacati, pur se risentono, allo stato, di una profonda crisi di rappresentatività (*infra*, § 4).

10 M. Tiraboschi, Una regolazione agile per il lavoro che cambia, in E. Dagnino-M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, Modena, 2016, p. 4.

11 C. Smuraglia, Introduzione, in C. Smuraglia-C. Assanti-F. Galgano-G. Ghezzi (a cura di), *La democrazia industriale. Il caso italiano*, Editori Riuniti, Roma, 1980, p. 13, afferma che «l'impresa non è un astro isolato che percorre spazi infiniti, ma è parte di un sistema economico-politico, che la condiziona e che in definitiva ne viene condizionato a propria volta».

12 Così D. Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in AA.VV., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Cassino 18-19 maggio 2017, Giuffrè, Milano, 2018, p. 131, il quale sottolinea che «l'istruzione, l'assistenza sanitaria e le pari opportunità sono essenziali per una forza lavoro produttiva; il miglioramento delle condizioni lavorative e la sicurezza riducono i costi interni dovuti agli incidenti; la sicurezza dei prodotti e la garanzia di qualità attirano i consumatori più attenti e sensibili, che sono disposti a pagare anche un sovrapprezzo per il surplus del valore del prodotto realizzato nel rispetto dell'ambiente e/o dei diritti umani e sociali; l'utilizzo efficiente di suolo, acqua, energia e altre risorse naturali accresce la produttività delle imprese, riducendo i costi di produzione».

13 Si veda il manifesto di Confindustria sulla sostenibilità (CONFINDUSTRIA, *La responsabilità sociale per l'industria 4.0*, 2018) e l'agenda di BusinessEurope per lo sviluppo sostenibile (BUSINESSEUROPE, *A business agenda on sustainability*, 2017).

14 T. TREU, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazioni del lavoro*, in *Merc. concorrenza regole*, 2012, p. 7 ss. Nella giurisprudenza comunitaria, interessante è la sentenza della Corte giust. UE, 21 dicembre 2016, C-201/15, AGET Iraklis, che ha elevato al rango di diritto fondamentale la libertà d'impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Per un commento, critico, vedi G. ORLANDINI, *Libertà di stabilimento versus diritto del lavoro: ancora un bilanciamento "sbilanciato" tra libertà economiche e diritti del lavoratore*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2017, p. 203 ss.

15 R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 49 ss.



2. La dimensione pubblicistica degli obblighi di salute e sicurezza.

A livello comunitario, con la direttiva-quadro 89/391/CEE del 12 giugno 1989¹⁶ le istituzioni comunitarie hanno investito le imprese di forti pressioni regolative, unitamente ad una «intensa sollecitazione ad autoregolarsi e migliorarsi continuamente - col contributo di tutti gli attori, lavoratori compresi - sotto il profilo della tutela ambientale, sviluppando un incessante movimento di rigenerazione interna»¹⁷. Oggi, purtroppo, a distanza di anni, registriamo timidi segnali di integrazione tra le politiche di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e le più generali politiche di tutela dell'ambiente¹⁸, con la conseguenza che il complesso quadro regolatorio è stato lasciato all'attuazione dei singoli Stati con statuti diversificati. Sul piano della legislazione europea, ciò che è carente è dunque un disegno organico della normativa sulla prevenzione ambientale e sugli infortuni sul lavoro, con una sovrapposizione degli obblighi e degli adempimenti procedurali previsti dalle singole direttive¹⁹, al punto che «un eccesso di enfasi sugli aspetti tecnici e ingegneristici ha finito con il trascurare la circostanza che, di regola, la prevenzione e gestione di un rischio attuale e non solo potenziale non è una conseguenza meccanica della interazione tra esseri umani, tecnologie e procedure di sicurezza, quanto il risultato della stessa interazione, non razionalmente determinabile, tra gruppi di persone soprattutto là dove questo avvenga in contesti produttivi incentrati su logiche gerarchiche di comando, controllo e sanzione»²⁰.

16 M. BIAGI (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Maggioli, Rimini, 1991; G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata?* in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2015, § 1.

17 R. DEL PUNTA, *Tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, n. 2, p. 155.

18 Significativa in tal senso è stata la direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica alla direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni, ritenuta fondamentale per gestire la transizione verso un'economia globale sostenibile coniugando redditività a lungo termine, giustizia sociale e protezione dell'ambiente. Sul tema si veda B. CARUSO, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 1 ss.

19 Si pensi alla direttiva c.d. Seveso (direttiva 82/501/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1982, sui rischi di incidenti rilevanti connessi con determinate attività industriali; direttiva 96/82/CE; direttiva 2003/105/CE; direttiva 2012/18/UE), al regolamento c.d. REACH (Regolamento CE n. 1907/2006, concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche), alle direttive contro i rischi derivanti da agenti chimici (direttiva 98/24/CE del Consiglio; direttiva 2000/39/CE della Commissione) e quelle contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti cancerogeni (direttiva 2017/2398/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017).

20 M. TIRABOSCHI, *Prevenzione e gestione dei disastri naturali (e ambientali): sistemi di welfare, tutele del lavoro, relazioni industriali*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, n. 3, p. 593 s.



Nell'ordinamento italiano, la salvaguardia dell'ambiente continua ad essere (quasi) del tutto assente dal quadro legislativo lavoristico²¹, restando, al massimo, «un benefico effetto 'preterintenzionale' della messa a regime dell'ambiente interno»²². Un sistema complessivamente evoluto sotto il profilo formale ma «poco incline ad accogliere una nozione ampia, dinamica e articolata di rischio, ancora troppo sbilanciato sul profilo della *safety* (sicurezza dei lavoratori) rispetto alla *security* (sicurezza dell'azienda e del territorio)»²³.

In questo quadro regolativo, punto di partenza per comprendere se gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza si debbano estendere anche alla tutela del bene ambientale è l'art. 2087 c.c., da leggere in stretta correlazione con gli artt. 32 e 41 Cost. Il collegamento con i disposti costituzionali consente di affermare che a carico del datore di lavoro vi è non solo un obbligo positivo di adottare le misure di sicurezza, ma anche quello negativo di astenersi da ogni iniziativa che possa risultare pregiudizievole per l'integrità psicofisica del prestatore di lavoro²⁴. I canoni richiamati dall'art. 2087 c.c. «possono, anzi debbono, dilatare la sfera dell'obbligo ben oltre l'ambito segnato dalla stessa legislazione prevenzionale e, quindi, dai precetti del diritto pubblico»²⁵. Non v'è infatti alcun motivo «per escludere che la *solutio* dell'obbligazione soddisfi, oltre all'interesse personale (e, persino, personalissimo) del creditore, anche interessi od obiettivi più generali, al cui presidio sono posti strumenti persuasivi qualitativamente diversi rispetto ai mezzi di reazione tipici del diritto privato»²⁶. In questa direzione deve essere interpretata la nozione di prevenzione

21 L'ambiente esterno è nominato in due disposizioni del d.lgs. n. 81/2008: art. 2, comma 1, lett. n): «prevenzione: 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»; art. 18, comma 1, lett. q): «prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio».

22 R. DEL PUNTA, *Tutela della sicurezza*, cit., p. 159.

23 M. TIRABOSCHI, *Prevenzione e gestione dei disastri naturali*, cit., p. 595.

24 R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2006, n. 110, § 4, il quale evidenzia «il carattere assoluto del diritto all'integrità fisica del lavoratore, ponendo il valore della persona come limite assoluto che non può venire sacrificato dalla logica economica della produzione». In tal senso si veda anche A. MARCIANÒ, *Ambiente di lavoro e inquinamento: profili per la sicurezza*, in AA.VV. (a cura di), *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici. Esperienze a confronto*, Firenze University Press, Firenze, 2008, p. 103 s., secondo cui «lo stesso concetto di "rischio ambientale" rapportato allo specifico settore dei rapporti di lavoro impone di considerare non solo le situazioni di pericolo o di danno tradizionalmente derivanti dal tipo e dalle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, ma anche quelle provenienti dal contesto ambientale nel quale l'attività viene esplicata»; G. LOY, *Al principio, sta il principio della fatalità*, in L. GUAGLIANONE-F. MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologia*, cit., p. 53, che afferma come «a fronte di una profonda trasformazione del lavoro e dei modi di lavorare, il riferimento all'ambiente di lavoro come tradizionalmente inteso non consentirebbe di dare corpo ai principi di prevenzione e di tutela che l'ordinamento afferma e enfatizza».

25 L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1976, p. 54.

26 Ivi, 58.



delineata dall'art. 2, comma 1, lett. n), d.lgs. n. 81/2008, la quale identifica «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». Lo stesso t.u. Sicurezza, all'art. 18, comma 1, lett. q), prevede l'obbligo di «prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio». L'apparato prevenzionistico non si limita dunque alla prevenzione e gestione dei rischi che incombono sul prestatore di lavoro e sulla comunità aziendale, ma estende la propria portata agli effetti che quei rischi e i sistemi di prevenzione adoperati per rimuoverli possono implicare per la popolazione e per l'ambiente esterno²⁷.

La connessione diretta tra salvaguardia ambientale e organizzazione del lavoro è rinvenibile, non solo nella sopra descritta nozione di prevenzione, ma anche (e soprattutto) nel documento di valutazione dei rischi, la cui definizione è contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. q)²⁸. L'«adempimento-cardine attorno al quale ruota, in sostanza, tutto il nuovo sistema prevenzionale»²⁹, abbraccia un'idea di organizzazione del lavoro che parrebbe evocare «non solo una realtà logistica-funzionale (il luogo di lavoro ed il ciclo produttivo), ma anche lo stesso insieme delle regole del processo di lavoro»³⁰.

Alla luce di tali considerazioni possiamo giungere ad una prima conclusione: il datore di lavoro è gravato dall'obbligo di individuare le migliori soluzioni organizzative, secondo la massima sicurezza tecnicamente possibile³¹, idonee ad evitare il rischio ambientale avendo a

27 F. FOCARETA, *La sicurezza sul lavoro dopo il decreto legislativo n. 626 del 1994*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, n. 1, p. 9, secondo il quale «il datore di lavoro è tenuto, anche, ad evitare la “esternalizzazione” dei rischi dell'impresa, scaricando sull'ambiente esterno nocività o pericoli dell'attività produttiva, e a prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno»; D. CEGLIE, *Cantieri temporanei e mobili: obblighi, procedure e responsabilità*, in M. RUSCIANO-G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Utet, Torino, 2007, p. 579, la nozione di prevenzione deve tenere conto anche «del problema del corretto smaltimento dei rifiuti, dell'impatto ambientale delle proprie attività, dell'ecosistema del particolare territorio sul quale opera».

28 Si veda anche l'art. 15, comma 1, d.lgs. n. 81/2008, a norma del quale tra le misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro figurano: «a) la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza; b) la programmazione della prevenzione, mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro».

29 A. STOLFA, *La valutazione dei rischi*, Working Paper di Olympus, 2014, n. 36, p. 3.

30 P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, Working Paper di Olympus, 2011, n. 1, p. 1.

31 G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima sicurezza (astrattamente possibile alla Massima sicurezza ragionevolmente (concretamente) applicata)?*, in Working Paper di Olympus, 2014, n. 39, p. 1. Per una lettura dell'art. 2087 c.c. con il principio di precauzione di cui all'art. 191 del TFUE si veda A. VISCOMI, *Amianto: precauzione, prevenzione e responsabilità*, in L. MONTUSCHI-G. INSOLERA (a cura di), *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bononia University Press, Bologna, 2006, p. 48 ss.



riguardo la salute e il benessere dei lavoratori unitamente al rispetto della salute della popolazione, dell'integrità dell'ambiente circostante e dell'ecosistema in cui l'attività imprenditoriale opera e si sviluppa³².

L'errata o la mancata valutazione e interazione (circolare) dei fattori di rischio rinvenuti dall'organizzazione del lavoro, dall'organizzazione della produzione e dagli input esterni di ordine politico, sociale e ambientale sono del resto alla base dei maggiori disastri ambientali e tecnologici della storia³³. I rischi oggetto di valutazione, secondo una dimensione pubblicistica degli obblighi datoriali, attengono perciò all'organizzazione del processo produttivo ed, in particolare, alle condizioni impiantistiche e manutentive, alla complessità organizzativa delle lavorazioni, all'organizzazione dei ruoli e all'adeguata formazione delle competenze, alla movimentazione dei materiali, alla gravosità del lavoro e alle procedure di realizzazione del processo produttivo³⁴, che possano incidere direttamente o indirettamente sull'integrità del bene ambientale³⁵.

2.1. La destrutturazione del luogo di lavoro: gli obblighi di sicurezza nell'ambito dell'organizzazione aziendale.

La *vis* espansiva dell'art. 2087 c.c. pone l'attuale questione degli obblighi di sicurezza nei confronti dei lavoratori che svolgono la propria prestazione al di fuori dell'unità produttiva; in sostanza si tratta di verificare se l'obbligo di sicurezza debba continuare a tradursi nell'obbligo di garantire la salubrità dell'ambiente non più soggetto al «dominio del datore di

32 P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, Adapt University Press, Modena, 2018, p. 197, il quale efficacemente afferma che «l'articolazione soggettiva dei rischi ambientali connessi all'esecuzione della prestazione lavorativa deve quindi essere ordinata per cerchi concentrici, la cui ampiezza cresce in proporzione all'ampliarsi della nocività degli eventi e dei rischi considerati: dal cerchio più stretto degli eventi e delle condizioni ambientali nocive per la salute del singolo prestatore di lavoro, per la salute di altri prestatori di lavoro e per l'ambiente di lavoro, a quello più ampio degli eventi la cui nocività si estende all'ambiente "esterno" e alla popolazione»; M. TIRABOSCHI, *Prevenzione e gestione dei disastri naturali*, cit., p. 594, che finalizza la normativa di sicurezza e tutela della salute nei luoghi di lavoro «alla riduzione dei fattori di vulnerabilità delle comunità aziendali (intese come insieme integrato di persone, macchinari, attrezzature ed edifici) secondo logiche di vera prevenzione e di puntuale risposta organizzativa alle diverse tipologie di rischio (naturale o ambientale) che sono destinate a innestarsi su contesti di per sé pericolosi come le aree destinate alla produzione di beni o servizi».

33 Si pensi al disastro chimico della Icmesa di Seveso, ai disastri nucleari di Chernobyl e di Fukushima, a quelli petroliferi della Exxon Valdez e della Deepwater Horizon.

34 La Francia ha adottato una serie di provvedimenti con cui il legislatore ha esteso il campo di applicazione oggettivo dell'obbligo di salvaguardia della qualità dell'ambiente di lavoro all'ambiente in generale (legge c.d. *Grenelle loi n. 2009-967 du 3 août 2009*; legge *Bachelot loi n. 2003-699 du 30 juillet 2003*; riconducendo nella nozione di rischio industriale il rischio ambientale in senso lato; estendendo l'obbligo di informazione sindacale in materia di salute e sicurezza alle questioni ambientali; attribuendo ai lavoratori il diritto di c.d. allarme ambientale (*loi n. 2013-316*).

35 Per una disamina delle fattispecie penali si veda P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit., p. 199 ss.; V. TRIGGIANI-R. ROSSI-R. NITTI-A. AMATO-V.B. MUSCATIELLO (a cura di), *Diritto penale dell'ambiente*, Cacucci, Bari, 2023.



lavoro»³⁶ e come ed entro quali limiti il principio di prevenzione, riletto in chiave di sostenibilità, debba operare in una simile circostanza. La destrutturazione del luogo di lavoro (che trova la sua più efficace espressione nel lavoro agile) pone la questione della perimetrazione spaziale degli obblighi datoriali in materia di salute e sicurezza “negli” ambienti esterni all’azienda in cui il lavoratore svolge la propria prestazione di lavoro, soprattutto in quei rapporti di lavoro in cui «i vincoli di subordinazione si attenuano, cedendo il passo all’autonomia nell’esecuzione del rapporto e a forme di lavoro intellettuale, cognitivo, smaterializzato, globalizzato e ubiquitario»³⁷.

Nei modelli organizzativi e produttivi in cui sono presenti prestazioni caratterizzate da elevate professionalità o, inversamente, a basso contenuto (c.d. subordinazione attenuata), il potere direttivo non può esprimersi con direttive puntuali e specifiche, soprattutto in presenza di modelli organizzativi improntati alla valutazione dei risultati (ed al raggiungimento di specifici obiettivi)³⁸.

La destrutturazione del tempo e del luogo di lavoro conducono quindi l’interprete verso un diverso ed innovativo concetto di trovarsi al lavoro, nell’esercizio delle proprie attività e a disposizione del datore di lavoro, da intendersi secondo un profilo sostanziale e funzionale; ciò che rileva è lo svolgimento di un’attività strettamente connessa alla prestazione principale.

La subordinazione, che si identifica con la prestazione di lavoro alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore, è strumentale alla realizzazione del risultato della prestazione, che l’art. 2094 c.c. configura come la collaborazione nell’impresa. Ciò sottolinea l’importanza dell’aspettativa del creditore al risultato della prestazione e, perciò, del suo interesse al coordinamento e quindi all’organizzazione dell’attività lavorativa del debitore. In questo senso specifico nella collaborazione è da ravvisare lo scopo della prestazione e quindi il criterio per la tipicizzazione della subordinazione e, nello stesso tempo, il riflesso del fenomeno dell’organizzazione sull’obbligazione di lavoro³⁹.

Da quanto precede viene in evidenza l’identificazione, almeno tendenziale, della subordinazione, finalizzata al risultato della collaborazione, con l’inserzione del prestatore di lavoro nell’organizzazione dell’impresa e, in definitiva, con la continuità o disponibilità nel tempo della prestazione di lavoro verso il datore, nella quale è da ravvisare l’essenza del

36 A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2011, p. 242.

37 P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit., p. 206 s.

38 E. GHERA, *Il lavoro autonomo nella riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 4, I, p. 518, sostituisce il concetto di dipendenza gerarchica con quello della «valutazione dei risultati»; E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2006, n. 106, p. 9, riconduce la subordinazione-coordinamento (unitamente alla subordinazione-eterodirezione) all’art. 2094 c.c. connotandola dalla ricorrenza di una prestazione «organizzata a rischio dell’imprenditore» ove «la subordinazione si presenta nella sua espressione minima, cioè come semplice dipendenza o vincolo di disponibilità continuativa al controllo del datore»; D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazione organizzative*, cit., p. 12, segna la subordinazione-coordinamento con «un elevato livello di autoregolazione (autonomia nella subordinazione)».

39 *Amplius* M. BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori*, cit., p. 111 ss. del manoscritto.



vincolo della subordinazione tecnico-funzionale⁴⁰. Pertanto, per collaborare “nell’impresa” non è necessario un inserimento fisico della persona nella struttura aziendale, ma può essere sufficiente anche soltanto il collegamento funzionale della prestazione con l’organizzazione.

Sul piano della sicurezza, l’art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 81/2008, qualifica il datore di lavoro come «il soggetto che, secondo il tipo e l’assetto dell’organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell’organizzazione stessa o dell’unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa». Specularmente, per lavoratore, ai sensi dell’art. 2, comma 1, lett. a), del medesimo decreto legislativo, si intende la «persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un’attività lavorativa nell’ambito dell’organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato».

Tuttavia, pur valorizzando la vocazione universalistica del Testo unico sulla sicurezza⁴¹, l’ostacolo maggiore è contenuto nell’art. 62 secondo il quale per luoghi di lavoro devono intendersi gli spazi destinati ad ospitare posti di lavoro, ubicati all’interno dell’azienda o dell’unità produttiva, nonché ogni altro luogo di «pertinenza dell’azienda o dell’unità produttiva accessibile al lavoratore nell’ambito del proprio lavoro». Secondo un’interpretazione estensiva, dunque, la nozione di pertinenza aziendale deve intendersi in senso funzionale all’organizzazione produttiva, prescindendo dalla identificazione di un preciso spazio fisico in cui il lavoratore svolge la propria prestazione di lavoro⁴². Condivisibili sono, pertanto, le conclusioni di chi ha constatato come l’ambiente di lavoro, concepito come «parametro fisico che si inserisce nello schema causa-effetto dell’evento dannoso», sia «già superato dallo stesso art. 2087 c.c., che impone all’imprenditore di adottare le misure di sicurezza non necessariamente nel solo luogo fisico dove si svolge la prestazione, bensì nell’esercizio dell’impresa»⁴³.

Possiamo, quindi, arricchire la precedente conclusione con un’ulteriore affermazione. La dilatazione del concetto di ambiente di lavoro produce due conseguenze, strettamente correlate tra loro: da un lato i fattori di rischio non sono più limitati agli agenti tradizionali dell’unità produttiva e dall’altro gli effetti dell’ambiente di lavoro *latu sensu* considerato incidono sulla sfera lavorativa e personale del lavoratore⁴⁴.

Il corollario di questa conclusione è che la violazione degli obblighi prevenzionistici connessi alla tutela della popolazione e dell’ambiente rilevano non solo ai fini dell’attribuzione della responsabilità datoriale, ma anche in termini di esatto adempimento della prestazione lavorativa, nella misura in cui l’obbligo di sicurezza e le relative declinazioni di carattere

40 Sul rapporto tra contratto di lavoro e organizzazione si veda M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1996; nonché M. MARAZZA, *Saggio sull’organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002.

41 F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza: la nuova delega con qualche succosa anticipazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, n. 2, I, p. 343 ss.; V. SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” - IT, 2007, n. 60.

42 V. PASQUARELLA, *L’organizzazione della sicurezza in alcune tipologie di lavoro revisionate dal Jobs Act*, in *Dir. sic. lav.*, 2016, n. 1, p. 115.

43 G. LOY, *Al principio, sta il principio della fatalità*, cit., p. 53.

44 G. LOY, *op. cit.*, p. 63.



speciale si riconducano nel novero delle obbligazioni in capo anche al prestatore di lavoro. Il rapporto di «integrazione funzionale» tra attività lavorativa e organizzazione datoriale incide sugli obblighi gravanti sul prestatore di lavoro⁴⁵, tale da poter qualificare l'obbligazione lavorativa «dovere di responsabilizzazione orientato verso il raggiungimento di risultati»⁴⁶. Il d.lgs. n. 81/2008 configura l'obbligo di sicurezza da parte del lavoratore come una «posizione di vincolo compresa nel contenuto della prestazione oggetto dell'obbligo fondamentale di lavorare»⁴⁷. Ne consegue che i modelli organizzativi devono essere progettati tenendo in massima considerazione la declaratoria professionale e, quindi, il grado di responsabilità del lavoratore inserito nel processo produttivo, il quale dovrà autodeterminarsi ai fini della gestione dei fattori di rischio che direttamente o indirettamente possano incidere sull'ambiente di lavoro *latu senso* considerato⁴⁸.

Una conferma della tesi proposta è rinvenibile nella modifica dell'art. 2086 c.c. ad opera del d.lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza) secondo la quale l'imprenditore ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale. La novella esprime perciò «un criterio generale di corretta amministrazione dell'impresa sicché si può validamente sostenere che introduca una speciale declinazione della clausola generale di correttezza e buona fede in quanto idonea a fondare obblighi di protezione correlati allo svolgimento di un'attività potenzialmente dannosa per quanti vi entrino in contatto e che, perciò, diviene destinataria di regole di comportamento la cui violazione, in presenza di un danno, può comportare, a carico di chi (in primo luogo, gli amministratori) quell'attività abbia posto in essere, una responsabilità risarcitoria»⁴⁹.

3. Il nuovo ruolo della Responsabilità sociale di impresa.

La responsabilizzazione delle imprese e dei lavoratori alle questioni sociali e ambientali è sempre stata relegata alle pratiche di *corporate social responsibility*⁵⁰ nella gestione dei rapporti

45 C. CESTER-M.G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Art. 2104, in *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2007.

46 M. BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori*, cit., p. 104 del manoscritto.

47 M. CORRIAS, *I lavoratori*, in M. PERSIANI-M. LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2012.

48 Interessante è la previsione contenuta nel Codice etico del Gruppo Bonfiglioli secondo la quale le disposizioni contenute nel Codice ivi incluse quelle relative alla tutela dell'ambiente sono parte integrante delle obbligazioni contrattuali dei dirigenti e dei dipendenti, la cui violazione o non applicazione, anche parziale, costituisce inadempimento contrattuale ed illecito disciplinare etico, con la conseguente adozione di sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità o recidività delle condotte.

49 Così C. GAROFALO, *Sugli "assetti adeguati" di cui al secondo comma dell'art. 2086 Cod. civ.*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, n. 5, p. 962.

50 Fondatore del concetto di RSI è H.R. BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, Harper&Brothers, New York, 1953. Per una classificazione definitiva si veda E. GARRIGA-D. MELÈ, *Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory*, in *Journal of Business Ethics*, 2004, n. 53, p. 51 ss. In particolare, M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *The New*



di lavoro. L'art. 1, comma 2, lett. ff), d.lgs. n. 81/2008, definisce la responsabilità sociale d'impresa (d'ora in poi RSI) come «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle aziende e organizzazioni nelle loro attività commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate». Sebbene dunque il legislatore riconosca in esse «una valida strategia di gestione e realizzazione, in una logica convergente, di una pluralità di diversi obiettivi, quali, appunto, quello antinfortunistico e quello relativo alla protezione dell'ambiente»⁵¹, il carattere della volontarietà evidenzia, in linea con la concezione europea della responsabilità sociale d'impresa⁵², il chiaro intento di non voler provvedere all'imposizione di tali pratiche attraverso l'utilizzo dell'obbligo giuridico⁵³.

Si pone pertanto la questione se sia possibile inserire nel regolamento negoziale (individuale o collettivo) l'obbligo del datore di lavoro di predisporre un'organizzazione del lavoro improntata all'esclusione, alla limitazione o al contenimento dei rischi ambientali, secondo il principio della sostenibilità ambientale⁵⁴ o viceversa ritenere che la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema fuoriesca del perimetro contrattuale relegando le scelte imprenditoriali alla sola componente volontaria⁵⁵.

York Times Magazine, 13 settembre 1970, afferma che l'impresa è solo uno strumento per la produzione di ricchezza ed ogni attività sociale è diretta a raggiungere risultati economici; M. BARBERA, «Noi siamo quello che facciamo». *Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2014, p. 631 ss., sostiene invece che l'impresa riveste il ruolo di «attore politico». Per una visione istituzionalista dell'impresa si veda M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. società*, 2009, vol. 57, p. 1 ss.

51 A. LEVI, *Tutela del lavoro e tutela dell'ambiente: divergenze e convergenze di due ordinamenti a confronto*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. II. Contratti di lavoro*, Jovene, Napoli, 2011, p. 1109.

52 J. CREMERS, *Management and worker involvement: cat and mouse or win-win?* in S. VITOLS-N. KLUGE (a cura di), *The Sustainable Company: a new approach to corporate governance*, ETUI, 2011, p. 81 ss.

53 F. SAMMARCO, *La sicurezza del lavoro tra responsabilità sociale e sostenibilità aziendale*, 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. 354.

54 Si domanda se e in che misura il principio di prevenzione e quello dello sviluppo sostenibile debbano operare, in termini prescrittivi, nei confronti di quei profili di connessione tra organizzazione del lavoro, tutela della salute e sicurezza e salvaguardia delle risorse materiali e naturali, all'interno dei contratti di lavoro, P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit., p. 218 ss., in particolare l'A., nella direzione di una interpretazione estensiva, avanza «una lettura del principio dello sviluppo sostenibile alla stregua di una obbligazione di mezzi in forza della quale l'oggetto dell'obbligazione non sarebbe identificato con il raggiungimento di uno scopo, bensì con la messa in atto di tutte le misure possibili per conseguirlo. Si potrebbe cioè giustificare una rilettura del contratto di lavoro in chiave di sostenibilità ambientale attraverso il ricorso alla categoria dei c.d. obblighi di protezione o c.d. accessori, per cui il principio in esame assumerebbe rilevanza per l'obbligo generale - lo scambio tra lavoro e retribuzione - per il tramite delle clausole generali di diligenza, correttezza e buona fede».

55 C. GAROFALO, *Sugli "assetti adeguati"*, cit., p. 967, che con riferimento alla modifica dell'art. 2086 c.c. ad opera del d.lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza) afferma che «il valore protetto è la sostenibilità dell'impresa, là dove organizzata in modo adeguato nell'ottica della tutela dei



Prescindendo dal dibattito sulla compatibilità tra la volontarietà dei comportamenti sociali e la loro prescrittibilità⁵⁶; appare dunque interessante indagare alcune questioni:

- è possibile ritenere la RSI un limite funzionale alla libertà di iniziativa economica, in modo da non potersi svolgere «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»⁵⁷?

- i beneficiari della prassi socialmente responsabile hanno strumenti di tutela dei propri interessi? È possibile prevedere un sistema di sanzioni dei comportamenti volontariamente presi?

- ed infine, quali sono le metodologie più efficaci per perseguire tali comportamenti sociali?

L'opzione di fondo per fornire risposte concrete a tali interrogativi è certamente quella di abbandonare l'idea che l'impresa non possa inseguire anche finalità etiche e sociali; è necessario quindi pensare ad un nuovo ruolo della RSI⁵⁸ nel *management* aziendale indirizzato verso strategie adeguate a rispondere alle sfide sociali, economiche e ambientali, rilanciate dall'Agenda ONU 2023.

3.1. La “giuridificazione” e la sanzionabilità dei comportamenti sociali ed ambientali.

Il fenomeno della RSI appartiene al mercato⁵⁹ e affonda il suo fondamento teorico nella c.d. «etica degli affari»⁶⁰. L'attività d'impresa, oltre il perseguimento di legittime finalità lucrative, non si deve limitare al rispetto di prescrizioni o vincoli giuridici, ma dovrà adottare «tutte quelle cautele utili a prevenire ed evitare i pericoli e i pregiudizi che dalle proprie iniziative potrebbero derivare alla comunità in cui opera o anche alle generazioni future»⁶¹. La Commissione europea nel 2001 definisce, infatti, il fenomeno della RSI in termini di «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro

terzi investitori, dei finanziatori esterni, dei creditori, dei lavoratori e di tutti coloro cui viene richiesto di dare fiducia all'organizzazione».

56 M. DELL'OLIO, *Per non concludere*, in L. MONTUSCHI-P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 247 ss., il quale evidenzia l'inconsistenza logico-giuridica di attribuire carattere obbligatorio a ciò che è volontario o addirittura di responsabilità sociale.

57 Art. 41, comma 2, Cost., come mod. dall'art. 2, comma 1, lett. a), della legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

58 D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 73, secondo il quale è necessario fare una «scelta di campo e decidere di approcciarsi al tema della RSI in maniera diffidente, negando all'impresa qualsiasi velleità etica in quanto interessata unicamente alla massimizzazione del profitto oppure attribuire a quest'ultima un ruolo istituzionale o come ha sostenuto Barbera di “attore politico”, cioè di soggetto decisore che dà voce non solo ai propri interessi ma anche a quelli collettivi. [...]. Non si può che condividere a questa seconda visione della RSI più aderente ad un approccio pragmatico che cerca soluzioni e non solo teorie».

59 M. NAPOLI, *Prefazione. Un dialogo sulla responsabilità sociale delle imprese*, in M. NAPOLI (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese*, Vita e Pensiero, Milano, 2005, p. VII ss.

60 G. ALPA, *Responsabilità sociale dell'impresa, enti non profit, etica degli affari*, in *Economia e diritto del terziario*, 2011, n. 2, p. 199 ss.; G. ROSSI, *L'Etica degli affari*, in *Riv. società*, 1992, n. 3, p. 538 ss.

61 Così G. ALPA, *Prefazione*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. Tra diritto, etica ed economia*, Laterza, Bari, 2008, p. VI.



operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate»⁶², in linea del resto con la definizione del t.u. Sicurezza. È stato efficacemente osservato che «ciò che è buono per la società è buono anche per l'impresa»⁶³; quindi un'attività economica che si orienti verso l'utilità comune ovvero l'utilità sociale⁶⁴ (o perlomeno non entri in contrasto con essa), può solo generare nel medio-lungo periodo effetti positivi sulla stessa redditività aziendale.

L'art. 41 Cost. non si limita infatti a tutelare la libera concorrenza tra le imprese secondo il paradigma del libero mercato (oggi diremmo globalizzato); ma indirizza, o meglio, pone dei limiti esterni⁶⁵ al suo legittimo svolgimento, in modo da garantire alla collettività l'effettivo godimento dei diritti previsti dalla Costituzione⁶⁶, ivi incluso il diritto ad un ambiente salubre (*infra*, § 4). Del resto, la RSI impatta proprio su libertà e diritti di rilevanza costituzionale: la tutela della libertà sindacale, la lotta al lavoro minorile, forzato, coatto, le garanzie di condizioni minime di dignità del lavoro sul piano salariale e dell'incolumità fisica e della

62 Libro verde della Commissione europea, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM(2001)366def.; si vedano di recente anche Commissione europea, *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-2014 in materia di RSI*, COM(2011)681def.; *Piano d'azione imprenditorialità 2020*, COM(2012)795def.

63 A. TURSI, *Responsabilità sociale, "etica d'impresa" e diritto del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 2006, p. 71.

64 A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 582; U. BELVISO, *Il concetto di iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, p. 149. Nella direzione di concepire l'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. in termini di responsabilità sociale ed ecologica si pone il documento *"Acceleriamo la transizione alla sostenibilità. Le imprese per l'Agenda 2030"*, noto anche come *"Patto Milano 2019"* (reperibile sul sito dell'ASviS), con il quale si valorizza la promozione di lavoro buono e dignitoso, la limitazione del degrado sociale, capaci di garantire maggiore produttività alle imprese, perseguendo la parità di genere e tra generazioni, valorizzando tutte le diversità.

65 R. NIRO, *Art. 41*, in R. Bifulco, in A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, ricorda che «deve ritenersi che il diritto di cui al 1° e al 2° co. dell'art. 41 non è riconosciuto dalla Costituzione in modo assoluto, ma solo entro i limiti fissati dal 2° co. dell'articolo stesso, limiti esterni al diritto, i quali incidono quindi sulla configurazione della situazione soggettiva di libertà».

66 M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, p. 582 ss., che qualifica l'utilità sociale quale «principio-valvola» che consente «l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali», ma anche quale «concetto di valore» intriso di «giustizia sociale», che partecipa dei caratteri dei valori costituzionali che connotano l'ordinamento, e che quindi è teso alla realizzazione di quel progetto di trasformazione della società italiana voluto dal comma 2 dell'art. 3 Cost.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 153, parla di una «norma in bianco».



sicurezza sociale⁶⁷; ambiti in cui emergono le insufficienze delle tecniche di *hard law* di tutela del diritto del lavoro⁶⁸.

La forte componente etica della RSI insieme al carattere volontario dell'assunzione del comportamento socialmente rilevante, pongono la questione sulla sua eventuale "giuridificazione" e conseguente sanzionabilità. Superare il dogma per il quale «ciò che è volontario non è cogente», non è cosa semplice, rappresentando un "paradosso" rendere obbligatorio ciò che è eticamente dovuto e quindi sanzionarlo.

Assumere, tuttavia, un impegno sociale nei confronti degli *stakeholder* può determinare una conseguenza pratica nei confronti delle aziende che non realizzano il comportamento preso. Sul piano del diritto positivo, l'art. 1322 c.c. stabilisce che le parti possono concludere contratti atipici purché «siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico», creando, dunque, un legame con l'utilità sociale del secondo comma dell'art. 41 Cost.

Lo strumento principale attraverso il quale si realizza la RSI all'interno delle aziende è il codice di condotta⁶⁹ con connotazione tipicamente volontaria⁷⁰.

La vincolatività giuridica delle regole contenute nei codici, soprattutto dopo la loro pubblicazione, potrebbe rinvenirsi nell'istituto della promessa unilaterale "atipica", che realizzi una causa in concreto⁷¹ e sia costruita sul paradigma dell'art. 1333 c.c., il quale, come noto, consente il rifiuto degli effetti da parte del destinatario.

67 P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione «Vivente»*, Cedam, Padova, 1978, p. 37 s., il quale individua nell'utilità sociale una sorta di «nucleo minimo» corrispondente al complesso di «valori che la Costituzione protegge con norme specifiche in materia di libertà personale, sindacale, di espressione e di informazione, di insegnamento; di diritto alla salute, al salario sufficiente, all'assistenza e previdenza; di tutela del paesaggio».

68 M. FERRARESI, *Responsabilità sociale d'impresa e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, p. 21 ss. In ambito europeo, interessante l'osservazione di F. FERRI, *Il diritto dell'Unione Europea post "Europa 2020": alterazioni nei rapporti giuridici tra ordinamenti e possibili effetti*, in *Riv. trim. dir. priv.*, 2018, p. 723 ss., il quale evidenzia che con Europa 2020 l'approccio circa i rapporti giuridici verticali dell'Unione europea è cambiato nel senso di affiancare una *soft law* con una *hard law*, «mettendole entrambe in connessione dinamica».

69 Dizione nella quale far confluire i codici etici, di autodisciplina, di autoregolamentazione, di buona condotta, di buone pratiche. Ai nostri fini si veda la definizione contenuta nell'All. A del Libro verde della Commissione europea, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM (2001)366def., cit.

70 A. PERULLI, *Diritti sociali e mercato globale*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 951, che distingue tra codici di condotta "interni" ed "esterni", i primi rivolti ai lavoratori, i secondi agli *stakeholders* che ruotano intorno al complesso aziendale (fornitori, consumatori, ecc.).

71 V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 126 s., il quale osserva che il fondamento contrattuale della promessa unilaterale atipica necessita della causa *ex art.* 1325, n. 2, c.c.



La causa della promessa unilaterale può rinvenirsi sia nell'interesse dell'impresa a evitare un discredito commerciale⁷², sia a soddisfare un interesse patrimoniale⁷³, soprattutto se connesso ad incentivi economici e normativi (*infra*, § 3.3.).

Altra ipotesi applicativa è la promessa al pubblico *ex art. 1989 c.c.*⁷⁴ nel momento in cui l'azienda rende noto che applicherà determinati *standard* di trattamento ai dipendenti, come ad esempio i *labour standards* delle Convenzioni OIL, l'Agenda 21, la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo, la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici.

Le tesi proposte, tuttavia, si collocano essenzialmente sul piano dell'autonomia individuale, ponendo perciò un problema di applicazione generalizzata degli impegni presi. Al fine di superare l'ostacolo, si potrebbe assimilare il codice di condotta ai regolamenti interni aziendali⁷⁵ attraverso i quali l'impresa assume comportamenti i cui effetti si riverberano nei confronti dell'intera struttura aziendale. I regolamenti aziendali rappresentano, sin dalla loro origine, una forma di garanzia dei diritti dei lavoratori, consistente in una autolimitazione del potere datoriale, che scaturisce dalla redazione e susseguente pubblicazione del regolamento⁷⁶.

Se poi il regolamento è concordato con la controparte sindacale esso assume la natura di vero e proprio contratto collettivo aziendale (*infra*, § 3.2.).

La "giuridificazione" della RSI è quindi possibile, nell'ottica della profittabilità dell'impresa, poiché attraverso di essa si realizza un interesse collettivo che investe direttamente l'azienda: dal punto di vista commerciale il rispetto dei codici di condotta determinerà un accrescimento della credibilità reputazionale sul mercato di riferimento; l'osservanza degli *standard* di tutela per i lavoratori e l'ambiente circostante comporterà una drastica riduzione del tasso di conflittualità anche sindacale; infine, una società socialmente ed eticamente responsabile avrà maggiori margini competitivi rispetto ai concorrenti che non si dotano di strumenti di RSI⁷⁷.

3.2. Il metodo negoziale collettivo in funzione integrativa del precetto legale: il contributo delle relazioni sindacali alla questione ambientale.

72 Cass. 14 novembre 1994, n. 9562, in *Giur. it.*, 1995, I, n. 1, p. 1920.

73 A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile: Commentario Articoli 1987-1991*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 60 ss.

74 L'applicazione dell'istituto della promessa al pubblico incontra tuttavia il limite di considerare l'insieme dei lavoratori di un'impresa come "pubblico". In tal senso si veda G. BRANCA, *Le promesse unilaterali*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile - Libro IV Delle Obbligazioni - Articoli 1960-1991*, Zanichelli, Bologna, 1959, p. 396.

75 L. MONTUSCHI, *Regolamento aziendali, etica del lavoro e ricerca del consenso*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 413 ss.

76 Sulla vincolatività del regolamento si veda Cass. 27 maggio 1996, n. 4870, in *Dir. lav.*, 1997, II, p. 357 ss., con nota di L. INNOCENZI, *Natura del regolamento d'impresa*.

77 Si pensi al "Sistema del Rating di impresa e delle relative premialità" (art. 83, d.lgs. n. 50/2016); alla Certificazione etica SA8000 che impone il rispetto di determinati *standard* sociali soprattutto per le imprese che operano in settori in cui è diffusa la pratica della delocalizzazione produttiva.



Un efficace contributo per sviluppare comportamenti socialmente ed ambientalmente responsabili è il metodo negoziale collettivo in funzione integrativa del precetto legale, quale misura di *soft law* per affrontare la questione ambientale.

In alcune ipotesi, i codici di condotta possono essere concordati con le organizzazioni sindacali e poi recepiti nei contratti collettivi di comparto: in questo caso, il recepimento consentirebbe loro di trasformarsi in contratti aziendali.

Il *welfare* aziendale⁷⁸, in un contesto in cui quello dello Stato arretra a causa di una progressiva riduzione di risorse⁷⁹, rappresenta, perciò, uno strumento atto a favorire il benessere collettivo dei lavoratori, intesi, nell'ottica della RSI, quali *stakeholders* dell'impresa. La salute organizzativa, dunque, può generare un effetto diretto ed indiretto sulla tutela ambientale.

Ci si domanda, quindi, se le misure di *welfare* aziendale, ove siano ispirate a modelli di comportamento che valorizzino il capitale umano, lo sviluppo sociale, la qualità dell'ambiente di lavoro, la flessibilità, la sicurezza del lavoro e la tutela dell'ambiente, possano contribuire in via strutturale a realizzare lo scopo della RSI.

L'area in cui tale risultato può concretizzarsi, sia con misure di *welfare* contrattuale, sia aziendale, può interessare almeno tre ambiti applicativi: a) il tradizionale sistema di remunerazione delle politiche retributive del personale quale forma indiretta di retribuzione; b) il diritto non economico, quali la flessibilità oraria, lo *smart working*, il part-time, il telelavoro, la formazione, ecc.; e, infine, c) la partecipazione dei lavoratori alla *governance* aziendale.

D'altra parte, il *welfare* aziendale nasce nella dimensione collettiva perché riguarda in modo omogeneo tutti i membri di un gruppo o di una categoria accomunati dalla condizione lavorativa, perciò soddisfa un interesse generale che è alla base della RSI⁸⁰. Infine, la costruzione comune di regole sociali a beneficio dei lavoratori attraverso il *welfare* aziendale può risultare direttamente conveniente per l'impresa, dal momento che negli ultimi anni le misure welfaristiche offerte alla generalità dei dipendenti (o a categorie di dipendenti) hanno ricevuto un forte sostegno sul piano della deduzione dei costi dei servizi dall'imponibile del reddito di impresa e, dunque, hanno assicurato un non trascurabile risparmio fiscale⁸¹. Convenienza che si realizza anche indirettamente sul benessere psico-fisico del dipendente che sarà più propenso a svolgere la propria prestazione a tutto beneficio della produttività aziendale e di riflesso al contenimento del rischio ambientale.

78 A. CANDOTTI, *Welfare aziendale, emergenza Covid-19 e sviluppo sostenibile*, in T. TREU (a cura di), *Welfare Aziendale*, Ipsoa, Milano, 2020.

79 R. PESSI, *L'accordo sul modello di welfare aziendale nel distretto industriale pratese: l'avvio di una possibile esperienza di welfare society*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2015, n. 145, p. 134, che parla del passaggio dal *welfare state* alla *welfare society*, in cui «il benessere dei cittadini è rimesso non più al solo Stato, ma alla società nel suo complesso, in un'interazione organizzata tra gli enti pubblici (nelle varie articolazioni territoriali, sulla base del principio della sussidiarietà verticale), le imprese e la società civile organizzata (sindacati, enti no profit e bilaterali, volontariato, cooperative sociali, fondazioni)».

80 Sul concetto di "generalità dei dipendenti o di categorie di dipendenti" si veda la circ. Agenzia Entrate 28 marzo 2018, n. 5/E, e la risposta della medesima Agenzia del 25 gennaio 2019, n. 10.

81 M. SQUEGLIA, *L'evoluzione del "nuovo" welfare aziendale tra valutazione oggettiva dei bisogni, regime fiscale incentivante e contribuzione previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, I, n. 1, p. 103 ss.



3.2.1. La retribuzione indiretta.

In un parere sui c.d. *green jobs*⁸², il Comitato economico e sociale europeo ha evidenziato come la contrattazione collettiva sia l'istituzione privilegiata per garantire la protezione ambientale e quella dei lavoratori, anche attraverso l'uso strategico della leva retributiva, affermando che «una nuova consapevolezza verso consumi più sobri libererà risorse da destinare ad altro. Accordi sindacali per obiettivi misurabili e distribuzione dei benefici tra imprese e lavoratori possono essere un sistema utile per poter realizzare una diffusa consapevolezza dell'importanza del risparmio energetico»⁸³.

Nei piani strategici industriali la sostenibilità ambientale e il risparmio energetico sono sempre più presenti attraverso il raggiungimento di obiettivi verdi al fine della corresponsione di premi di risultato. In tal modo, i sistemi retributivi basati su incentivi al miglioramento ambientale hanno un effetto positivo in termini di riduzione dell'impatto dei processi produttivi sull'ambiente⁸⁴.

82 L. RUSTICO-F. SPEROTTI, *Working conditions in "green jobs": Women in the renewable energy sector*, in *International Journal of Livestock Research*, 2012, vol. 4, n. 2; P. TOMASSETTI, *Il dialogo sociale per la green economy*, in *Prisma Economia Società Lavoro*, 2011, n. 2, pp. 28-41; L. RUSTICO-M. TIRABOSCHI, *Employment Prospects in the Green Economy: Myth and Reality*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2010, vol. 26, n. 4.

83 Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Lavori verdi" (2011/C 48/04), § 5.3. Si veda anche il Programma ambientale delle Nazioni Unite (UNEP, *Labour and the Environment: A Natural Synergy*, 2007).

84 Per l'idea di retribuzione quale diritto sociale di cittadinanza si veda M. Napoli, *Il lavoro tra cittadinanza e famiglia*, in M. Napoli (a cura di), *Diritto del lavoro. In trasformazione (2010-2014)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 185. In generale sul rapporto tra diritto del lavoro e cittadinanza, si veda A. Zoppoli, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" - IT, 2011, n. 131, spec. § 3.



Sotto la spinta delle indicazioni programmatiche contenute nell'accordo bilaterale sull'efficienza energetica sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil⁸⁵, molte multinazionali⁸⁶ hanno puntato, ad esempio, sul risparmio energetico (sistemi di climatizzazioni, riduzione delle stampe e del consumo di carta, utilizzo dei mezzi di trasporto pubblico, ecc.), sulla riduzione dei consumi di combustibili fossili o sulle emissioni di gas serra nei singoli stabilimenti, su un corretto programma di riciclaggio per diversi flussi di rifiuti (cartone, carta da ufficio, cancelleria, toner, ecc.).

Il contributo della forza-lavoro al risparmio energetico e al contenimento degli sprechi ha un riscontro diretto sulla loro retribuzione, perché una porzione del premio di risultato è legata direttamente ad obiettivi verdi. Un accordo aziendale che preveda ad esempio una riduzione progressiva dei consumi energetici nell'arco di un triennio consentirebbe di destinare una quota parte del risparmio al finanziamento di bonus annuali.

Sul fronte della mobilità sostenibile, alcuni contratti aziendali incentivano sul piano economico (attraverso la cessione a titolo gratuito di "buoni mobilità") le iniziative di *piedibus*, di *car-pooling*, di *car-sharing*, di *bike-pooling* e di *bike-sharing* nel tragitto casa-lavoro, in conformità con la disposizione di carattere non precettivo di cui all'art. 5 della legge 28 dicembre 2015, n. 221⁸⁷. La previsione è in linea con gli artt. 2, comma 3, 210, comma 5, del t.u. n. 1124/1965, secondo i quali «l'uso del velocipede, come definito ai sensi dell'articolo 50 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, deve, per i positivi riflessi ambientali, intendersi sempre necessitato».

85 Reperibile sul sito web dell'ILO. A livello di contrattazione collettiva nazionale si segnalano i CCNL che hanno recepito le indicazioni programmatiche dell'accordo. Il CCNL Energia e petrolio che prevede la formalizzazione dell'obbligo da parte delle aziende a utilizzare e a sviluppare il modello per la predisposizione di un sistema di gestione integrato (SGI) salute-sicurezza-ambiente, ovvero dall'impegno delle parti a «far crescere in ogni luogo di lavoro la cultura della sostenibilità ambientale attraverso la sensibilizzazione di ciascun dipendente, l'utilizzo di idonei sistemi di gestione ambientale, le procedure operative e i programmi di formazione del personale». A tal fine, il CCNL obbliga la direzione d'azienda ad attivare confronti annuali con le rappresentanze dei lavoratori volti a definire interventi condivisi e mirati al miglioramento ambientale. Il CCNL chimico-farmaceutico prevede che il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, salute e ambiente (RLSA) informato attraverso specifici incontri sugli obiettivi di miglioramento e sul livello e la natura degli investimenti; sulle iniziative di bonifica dei siti; su quelle di risparmio energetico e di miglioramento delle prestazioni ambientali; sui sistemi di monitoraggio aziendali richiesti dalle autorità competenti, di iniziative di integrazione tra i sistemi di monitoraggio e di certificazione del sistema di gestione; sulle iniziative di valutazione e gestione degli aspetti di salute sicurezza e ambiente lungo tutto il ciclo di vita del prodotto. Il CCNL Elettrici prevede che il RLSA debba essere adeguatamente supportato attraverso la necessaria attività formativa, al fine di comprendere le strategie aziendali in materia ambientale, i programmi di miglioramento e le iniziative di valutazione e gestione degli aspetti di salute, sicurezza e ambiente. Nella medesima direzione i CCNL Cemento, Elettrico, Gomma-plastica, Legno e arredo, Servizi ambientali.

86 Si vedano gli accordi aziendali di Almagora, Laterlite, Luxottica, Renner, TenarisDalmine, reperibili sul sito farecontrattazione.adapt.it.

87 Legge 28 dicembre 2015, n. 221, recante disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali.



3.2.1.1. Il *reshoring*, il costo del lavoro e gli oneri derivanti dalle normative ambientali.

La flessibilità funzionale e spaziale del processo produttivo⁸⁸ permette alle imprese una maggiore duttilità nella sostituzione del fornitore o committente così come nelle scelte di cedere o cessare parte o tutta l'attività aziendale; ma consente - come ha scritto Gallino - di ottenere soprattutto «la migliore combinazione localmente possibile di fattori quali: basso costo del lavoro; nessun limite all'orario di lavoro; agevolazioni fiscali o doganali; vincoli scarsi o inesistenti in tema di ambiente; presenza limitata o nulla dei sindacati»⁸⁹.

Dopo la crisi finanziaria del 2008 si è assistito ad un rallentamento progressivo di alcuni aspetti della globalizzazione nonché del commercio internazionale⁹⁰. La crisi economico-sociale generata dalla pandemia di Covid-19⁹¹, dalla crisi energetica e dai conflitti bellici, ha accentuato questo *trend* determinando una nuova fase di accorciamento delle catene globali di valore. Secondo le stime di Eurofound⁹² si prevede che nel medio-lungo periodo gli investimenti esteri diminuiranno di circa il 30% con l'effetto di rinazionalizzare i processi produttivi. Un'operazione di *reshoring*⁹³, tuttavia, non determina necessariamente una re-internalizzazione dei processi produttivi. Sarebbe infatti possibile assistere comunque ad una frammentazione delle fasi di produzione interne al Paese, senza il verificarsi di una reale territorializzazione o materializzazione dell'impresa nel suo complesso. Durante la pandemia le imprese che si sono mostrate maggiormente resilienti al cambiamento sono state quelle con costi interni più bassi a fronte di maggiori costi dei servizi⁹⁴. L'esternalizzazione, dunque, rappresenta un processo di trasformazione dei costi fissi in costi variabili che risponde meglio alle fasi cicliche del mercato affrontandole in maniera dinamica.

88 *Amplius*, D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 17 ss.

89 L. GALLINO, *Trasformazioni produttive e politiche del lavoro*, in *giuristidemocratici.it*, 4 luglio 2012.

90 G. GIOVANNETTI-M. MANCINI-E. MARVASI-G. VANNELLI, *Il ruolo delle catene globali del valore nella pandemia: effetti sulle imprese italiane*, in *Rivista di Politica Economica*, 2020, n. 2, p. 77 ss.

91 Si veda V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Lav. giur.*, 2020, n. 4, p. 332 ss.; D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *Lav. giur.*, 2020, n. 5, p. 429 ss. Si veda anche D. GAROFALO, *La disoccupazione da pandemia: come passare dall'assistenzialismo di Stato ad una nuova politica per l'occupazione*, in D. GAROFALO-M. TIRABOSCHI-V. FILÌ-F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica, Contributo sulla nuova questione sociale*, Vol. III, *Covid-19 e sostegno al reddito*, *Adapt Labour Studies*, e-Book series, 2020, n. 91, p. 1 ss.

92 Eurofound, *ERM report 2020: Restructuring across borders*, 2020, reperibile sul sito dell'Eurofound.

93 Sui costi e benefici delle catene globali di valore i pareri sono contrastanti; da un lato B. BONADIO-Z. HUO-A. LEVCHENKO-N. PANDALAI NAYAR, *The role of global supply chain in the COVID-19 pandemic and beyond*, in *VoxEU*, 2020, ritengono che non ci sia uno specifico vantaggio in termini di resilienza nella rinazionalizzazione delle catene di approvvigionamento; dall'altro, invece, C. ARRIOLA-P. KOWALSKI-F. VAN TONGEREN, *Localising value chains in the post-COVID world would add to the economic losses and make domestic economies more vulnerable*, in *VoxEU*, 2020, stimano che un passaggio al regime localizzato di imprese ridurrebbe il PIL reale globale di oltre il 5%.

94 Interessanti gli studi condotti da Ernest&Young, *Covid-19 pandemic: Outsourcing arrangements reinvented*, 2020, e da McKinsey, *How CIOs can work with outsourcing providers to navigate the coronavirus crisis*, 2020.



Se i processi di esternalizzazione sono tuttavia motivati dalla sola esigenza dell'abbattimento del costo del lavoro e non dalla ricerca di un valore aggiunto sul piano della qualità dei processi e dei prodotti, e quindi della tutela ambientale, allora si verifica quello che è stato definito il fenomeno della «fessurazione dei luoghi di lavoro»⁹⁵ attraverso il quale l'impresa *leader* invece di svolgere l'intero ciclo produttivo con proprie maestranze, alle quali assicurare condizioni di lavoro omogenee, coglie l'opportunità di affidare parte delle lavorazioni ad altri soggetti, i quali possono legittimamente decidere di applicare ai propri lavoratori condizioni diverse rispetto a quelle operanti nell'impresa *leader*, fino ad arrivare a vere e proprie forme di sfruttamento. La disgregazione del processo produttivo determina, perciò, un peggioramento della qualità del prodotto e del servizio, poiché l'azienda non investe sulla formazione specialistica delle maestranze, disinteressandosi dei maggiori effetti di inquinamento dati dalla catena produttiva.

In una logica diametralmente opposta, verso una reale ricentralizzazione dell'impresa, la contrattazione collettiva di secondo livello può rappresentare una forte leva per l'innalzamento dei tassi di produttività e competitività aziendale anche dal punto di vista ambientale⁹⁶.

Un accordo aziendale che parametri ad esempio il premio di risultato al conseguimento o alla conferma delle certificazioni ambientali dei prodotti e dei processi produttivi⁹⁷, consentirebbe di ottimizzare e adeguare agli standard delle normative ambientali i processi di organizzazione produttiva evitando quindi l'applicazione di ingenti penali per la loro violazione. Il risparmio sui costi di produzione e il miglioramento qualitativo dei prodotti o dei servizi (ottenuto anche attraverso una specifica formazione ambientale) consentiranno, dunque, sia la riduzione degli inquinanti aziendali, sia il finanziamento dei premi di risultato. Una politica aziendale indirizzata al contenimento del costo del lavoro, attraverso, ad esempio, l'utilizzo dell'apprendistato, consentirebbe di controbilanciare i costi derivanti dall'applicazione della normativa ambientale⁹⁸.

95 D. WEIL, *The Fissured Workplace. Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard, 2014.

96 M. FORLIVESI, *Sulla funzione anticoncorrenziale del CCNL*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, n. 3, p. 838 ss., il quale ha affermato che la contrattazione collettiva di livello nazionale rappresenta un fattore di regolazione della concorrenza in grado di sottrarre le tutele del lavoro dalla logica capitalistica pura dello scambio.

97 La *ISO14000* è una norma emanata dall'ISO (*International Standardization Organization*) che fornisce i requisiti standard per la implementazione di un sistema di gestione ambientale e per il conseguimento della relativa certificazione. La *Ecolabel* è il marchio europeo di qualità ecologica che premia i prodotti e i servizi che rispettano i criteri ecologici e prestazionali stabiliti a livello europeo e che hanno un ridotto impatto ambientale durante l'intero ciclo di vita, dalla produzione all'utilizzo, allo smaltimento finale.

98 P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit., p. 236, che sottolinea come «la combinazione tra accentramento e *reshoring* dei cicli produttivi a maggiore impatto ambientale implica, da un lato, un aggravio dei costi di produzione, che potrebbe essere bilanciato dal minor costo del lavoro di cui beneficia l'apprendistato, dall'altro, la necessità di formare professionalità connotate da competenze tecniche e trasversali funzionali alla gestione delle maggiori complessità connesse ai processi di trasformazione delle risorse naturali e all'applicazione delle relative normative speciali».



3.2.2. Il diritto non economico.

Sul piano del diritto non economico è importante evidenziare che le modalità organizzative e gestionali del lavoro, l'organizzazione o il contenimento dei tempi di lavoro o le mansioni a cui vengono adibiti i lavoratori nel ciclo produttivo hanno un'incidenza diretta sull'impatto ecologico, poiché l'incremento dell'attività lavorativa produce proporzionalmente un aumento del consumo delle materie prime, delle risorse energetiche e, quindi, dei climalteranti.

Le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa a distanza, come ad esempio il telelavoro o il lavoro agile⁹⁹, riguardano «sia le aziende (miglioramento della produttività, riduzione dell'assenteismo, riduzione dei costi per gli spazi fisici, ecc.), sia le persone (miglioramento del *work-life balance*, aumento della soddisfazione, ecc.) che l'ambiente (riduzione delle emissioni di CO₂, di traffico e inquinamento, ecc.)»¹⁰⁰. La riorganizzazione complessiva degli ambienti di lavoro, anche attraverso l'utilizzo del lavoro a distanza, genera un'efficienza energetica, una riduzione del numero di viaggi di lavoro, un abbattimento del consumo di beni utilizzati negli uffici o negli stabilimenti, un calo significativo degli incidenti sul lavoro (anche *in itinere*) e, non da ultimo, una migliore conciliazione dei tempi di vita e lavoro¹⁰¹.

Una serie di studi a livello internazionale¹⁰² affermano che la riduzione dell'orario di lavoro rappresenta un'efficace risposta alla crisi ambientale e alla c.d. disoccupazione tecnologica. È stato, infatti, sostenuto che un maggior reddito genera un maggior consumo e, dunque, un aumento dell'inquinamento. In realtà, non è il contenimento del monte ore lavorate ad incidere sui fattori di produzione e dunque sull'ambiente, ma sono le modalità di organizzazione oraria

99 L'art. 36 del CCNL Bancari dispone che «lo sviluppo delle tecnologie informatiche e telematiche consente maggiore flessibilità nel lavoro e può favorire l'efficienza e la produttività delle imprese e rispondere ad esigenze sociali quali la tutela dell'ambiente, il miglioramento della qualità delle condizioni di vita, la miglior gestione dei tempi di lavoro, una più efficace integrazione nel mondo del lavoro dei disabili». Il CCNL Energia e petrolio, all'art. 5-bis in tema di lavoro agile, precisa che «il lavoro agile ha come obiettivo incrementare la produttività aziendale, favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e facilitare una maggiore sostenibilità ambientale». Il CCNL Cooperative metalmeccaniche, in una dichiarazione sul lavoro agile, dispone che «le Parti, considerate le esigenze legate alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, i vantaggi in termini di sostenibilità ambientale e di miglioramento dell'efficienza dei modelli organizzativi e consapevoli della necessità di accompagnare i cambiamenti già in atto dovuti all'impiego delle nuove tecnologie, ritengono che il lavoro agile, quale modalità flessibile di esecuzione della prestazione di lavoro, costituisca uno strumento utile per consentire una maggiore adattabilità alle diverse e nuove esigenze dei lavoratori e delle aziende».

100 M. CORSO, *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo smart working*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, n. 4, p. 981.

101 M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in D. GAROFALO-V. FILÌ-M. TIRABOSCHI-F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare, lavoro e relazioni industriali nell'emergenza epidemiologica*, vol. I, n. 89, Adapt University Press, Modena, 2020, p. 167 ss.

102 C. HERMANN, *Capitalism And The Political Economy Of Working Time*, Routledge, 2014; D. MÉDA, *The future of work: The meaning and value of work in Europe*, ILO Research Paper 2016, n. 18, p. 21 s.



che possono avere riflessi sull'ottimizzazione dei cicli produttivi, evitando, in tal modo, la produzione di scarti, il consumo energetico, l'aumento degli incidenti sul lavoro¹⁰³. Nei contratti aziendali, pertanto, potrebbero essere previsti degli incentivi economici, anche sotto forma di voucher spendibili per l'acquisto di prodotti ecosostenibili, per il personale che aderisce ad un sistema di flessibilità oraria coordinato con il ciclo produttivo, soggetto all'oscillazione della domanda dei beni o dei servizi.

Nella medesima direzione la contrattazione collettiva potrebbe incentivare una formazione specialistica, attraverso corsi di laurea o di specializzazione, a favore dei lavoratori le cui mansioni sono altamente specialistiche, soprattutto in contesti aziendali interessati da ristrutturazioni tecnologiche. In tal modo, l'azienda otterrebbe un risparmio sui costi di produzione poiché si eviterebbero la creazione di scarti di prodotti o una nuova fase di produzione del bene o del servizio, con evidenti riflessi diretti sulla generazione dei climalteranti¹⁰⁴. L'art. 2, lett. aa), d.lgs. n. 81/2008, precisa che la formazione deve intendersi quale «processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili alla acquisizione di competenze per lo svolgimento in sicurezza dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi».

L'organizzazione del lavoro, attraverso la contrattazione collettiva, rappresenta, dunque, la leva per una migliore efficienza economica e ambientale della produzione, tale da valorizzare la competitività e la capacità redistributiva delle imprese.

3.2.3. I diritti di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa.

La partecipazione dei lavoratori alla *governance* aziendale, attraverso il sindacato, rappresenta, nell'ottica dell'art. 46 Cost.¹⁰⁵, un ulteriore tassello per uno sviluppo ecosostenibile del tessuto produttivo italiano.

103 P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, 1996, p. 98 ss. In tema di flessibilità oraria, si vedano anche F.M. PUTATURO DONATI, *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2005; A. ALLAMPRESE, *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003.

104 P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit., p. 242, sostiene che vi è una «connessione diretta e attuale tra organizzazione del lavoro e impatto ambientale della produzione, rispetto al quale il diritto del lavoro può agire come leva di sostenibilità sul piano gestionale (in termini di efficienza organizzativa e protettiva della salute del lavoratore) e su quello ecologico (in termini di risparmio ed efficienza energetica del processo lavorativo)».

105 Sul principio democratico di collaborazione nell'impresa espresso dall'art. 46 Cost., G. DI GASPARE, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2008, n. 3, § 12, sostiene che la norma costituzionale esprime «una condivisione obbiettiva dei rischi nella competizione di mercato per l'impresa, della quale fanno parte sia l'imprenditore/datore di lavoro sia i lavoratori, che non solo legittima ma favorisce la reciproca collaborazione tra il lavoro dell'imprenditore e dei dipendenti nello sviluppo della produzione dell'azienda». M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in AA.VV. (a cura di), *Le ragioni del Diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, tomo II, p. 1124, secondo il quale «non è possibile sostenere che la dimensione collaborativa acquisti rilievo soltanto in una prospettiva di valorizzazione dell'art. 46 della Costituzione». C. SMURAGLIA, *Introduzione*, in C. SMURAGLIA-C. ASSANTI-



Sono i prestatori di lavoro, del resto, i soggetti dell'ecosistema produttivo che più compiutamente conoscono i rischi dell'attività imprenditoriale e i relativi effetti sull'ambiente: un più ampio accesso alle informazioni e una maggiore partecipazione ai processi decisionali possono migliorare la qualità delle decisioni e rafforzarne l'efficacia¹⁰⁶. Nei moderni sistemi di organizzazione imprenditoriale prevalgono, dunque, modelli antagonisti, collaborativi o integrativi¹⁰⁷, dove «capacità personali e *skills* comunicativi hanno la meglio sui tradizionali poteri inscatolati»¹⁰⁸.

Nel documento programmatico per un nuovo sistema di relazioni industriali, Cgil, Cisl e Uil hanno definito la partecipazione alla *governance* come «un'area strategica ai fini delle scelte economiche e socialmente responsabili e dei relativi investimenti, da indirizzare allo sviluppo sostenibile, attraverso la necessaria riconversione ecologica dei prodotti e dei sistemi produttivi, alla inclusione e alla occupazione delle nuove generazioni anche in stretto rapporto con la formazione istituzionale»¹⁰⁹.

Un esempio di partecipazione alle tematiche ambientali è rappresentato dall'accordo-quadro del 21 aprile 2015 in materia di gestione dei cantieri del piano nazionale di prevenzione e contrasto al dissesto idrogeologico¹¹⁰. Si tratta di un accordo firmato, da un lato, dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e la Presidenza del Consiglio dei ministri e, dall'altro, dalle OO.SS. confederali Cgil, Cisl e Uil, attraverso il quale si vuole raggiungere l'obiettivo di «contribuire positivamente a una più celere realizzazione degli interventi di mitigazione del dissesto idrogeologico del Paese», che dovrà essere perseguito «garantendo la sicurezza del lavoro e la tutela dell'ambiente». Per conseguire le finalità dell'accordo, le parti assumono rispettivamente una serie di obblighi che includono: l'informativa periodica della task force di Cgil, Cisl e Uil sulla programmazione delle opere finanziate e sullo stato di realizzazione delle opere stesse nelle diverse fasi; l'impegno di Cgil, Cisl e Uil a individuare e coinvolgere le

F. GALGANO-G. GHEZZI (a cura di), *La democrazia industriale. Il caso italiano*, cit., p. 14, afferma che l'art. 46 Cost. «non è suscettibile di attuazione e di sviluppo se non lo si inserisce in un contesto più ampio, in cui si collochino non solo i principi consacrati nell'art. 41, ma anche quelli espressi negli artt. 39 e 40, sulla base di un dato unificante e complessivo che è quello che deriva da una corretta lettura dell'art. 3, comma secondo, della Costituzione».

106 In questo consiste la nozione di democrazia ambientale che, nel diritto internazionale, ha trovato consacrazione nel principio 10 della Dichiarazione di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo del 1992 e nella Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998. Il medesimo presupposto ha ispirato la direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica alla direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni, cit.

107 G. BAGLIONI, *Democrazia impossibile? I modelli collaborativi nell'impresa: il difficile cammino della partecipazione tra democrazia ed efficienza*, Il Mulino, Bologna, 1995.

108 P. PERULLI, *Introduzione: per un Atlante della società globale*, in P. PERULLI (a cura di), *Terra mobile. Atlante della società globale*, Einaudi, Torino, 2014, p. 13.

109 CGIL, CISL, UIL, *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per un modello di sviluppo fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*, 14 gennaio 2016, 17.

110 Accordo-quadro sulla gestione dei cantieri del piano nazionale di prevenzione e contrasto al dissesto idrogeologico, 21 aprile 2015 (in *Boll. ADAPT*, 2015, n. 16).



categorie e i territori a seconda della tipologia delle problematiche rilevate dal Ministero dell'ambiente e dalla Struttura di missione; l'impegno delle parti a concordare altre azioni e iniziative che possano favorire modalità di risoluzione delle problematiche oggetto di intervento più consone all'accelerazione delle opere, alle relazioni con l'economia del territorio, garantendo un basso impatto ambientale¹¹¹.

Nell'ambito dei sistemi di relazioni industriali delineati dalla contrattazione collettiva, soprattutto nei settori dove il rischio ambientale è elevato, le procedure di informazione e consultazione in materia di politiche industriali possono rappresentare un efficace strumento per la tutela dell'ambiente¹¹². L'art. 9 della legge n. 300/1970 prevede, d'altronde, che «i lavoratori, mediante loro rappresentanze, hanno diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica». Il merito dell'art. 9 dello Statuto, spesso più declamato che supportato dall'evidenza empirica¹¹³, è stato proprio quello di «avere consentito non solo il superamento di una dimensione puramente individuale basata al massimo sul rifiuto della prestazione in ambiente nocivo, ma di aver rappresentato uno strumento di pressione nei confronti dei datori di lavoro per la concreta adozione delle misure necessarie a garantire la salute del lavoratore-cittadino»¹¹⁴. La disposizione statutaria tutela il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, quale situazione giuridica che «preesiste alla costituzione del rapporto di lavoro e che certamente non può ivi esaurirsi»¹¹⁵. Pertanto, la possibilità di controllo della nocività dei processi produttivi da parte dei sindacati può estendersi anche a tutela di quei soggetti che «vivono quella particolare connotazione spaziale che è l'ambiente di lavoro», nel contesto territoriale

111 Accordo-quadro sulla gestione dei cantieri, cit., 8.

112 Le *Linee guida per la contrattazione di secondo livello nella categoria dei metalmeccanici* elaborate dalla Fiom-Cgil, prevede che «il rispetto dell'ambiente, lo sviluppo sostenibile delle attività produttive, il risparmio energetico e l'auto produzione energetica da fonti rinnovabili devono diventare terreno di confronto da rivendicare alle direzioni aziendali; va praticata e diffusa su tali temi una prassi di costante confronto tra rappresentanze sindacali e istituzioni preposte, in particolare nelle aziende ad alto impatto ambientale per i lavoratori o per il territorio». L'art. 35 del regolamento *c.d. REACH*, cit., stabilisce invece che «i datori di lavoro consentono ai lavoratori e ai loro rappresentanti di accedere alle informazioni fornite a norma degli articoli 31 e 32 in relazione alle sostanze o ai preparati che essi utilizzano o ai quali possono essere esposti nel corso della loro attività professionale».

113 P. PASCUCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9 ai rappresentanti del d.lgs 81/08*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, n. 3, p. 663 ss.

114 M. LAI, *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 40 ss.; L. ZOPPOLI, *Il controllo collettivo sull'efficace attuazione del modello organizzativo diretto a garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, n. 1, p. 15.

115 S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1979, p. 132, secondo il quale l'art. 9 dello Statuto ricomprende anche la legittimazione ad agire per l'inibitoria di attività che generano inquinamenti dannosi alla salute dei lavoratori e, dall'esercizio di tale azione, «trarrebbero naturalmente beneficio gli abitanti dell'ambiente circostante».



«su cui può riflettersi in pregiudizio della salute l'attività dell'impresa (si pensi ad esempio agli abitanti della zona industriale di una grossa metropoli)»¹¹⁶.

Nel solco di tale ragionamento si pongono gli accordi sociali territoriali tra confederazioni sindacali ed enti locali¹¹⁷, attraverso i quali, soprattutto nelle aree caratterizzate da una particolare vulnerabilità del tessuto produttivo e sociale¹¹⁸, si incide sulle scelte del sistema pubblico, allo scopo di creare un modello di sviluppo sostenibile in favore di uno specifico territorio¹¹⁹. I sindacati, attraverso la coprogettazione sociale ed ambientale con le istituzioni locali, spostano l'asse negoziale da un piano rivendicativo ad uno concertativo. La contrattazione sociale opera, dunque, un cambio di prospettiva, adottando «il paradigma del territorio, quale luogo di ricomposizione delle relazioni industriali in ottica potenzialmente non conflittuale»¹²⁰.

3.3. Azione di sostegno ed incentivo pubblico alle pratiche sociali ed ambientali aziendali.

Se da una parte il *welfare* aziendale ha effetti concreti sull'incremento dei beni e servizi a favore dei lavoratori, con chiari risvolti positivi anche per la sostenibilità finanziaria del *welfare* pubblico e con ritorni in termini di produttività e competitività per le aziende; dall'altro lato va evidenziato come esso porti con sé e possa accentuare differenze e diseguaglianze tra i lavoratori in merito alla scelta e alla stessa fruibilità di interventi di *welfare*. Le asimmetrie riscontrabili nel sistema di *welfare* privato possono individuarsi, in particolare: nella diversa diffusione e sviluppo di forme di *welfare* aziendale tra le aziende localizzate al Centro Nord rispetto a quelle del Sud d'Italia; nella disomogeneità dei settori produttivi interessati, con una netta affermazione del terziario avanzato, dell'industria manifatturiera e della produzione di energia; nella difficile realizzazione di forme di *welfare* per la piccola e media industria, pur prevalente nel nostro paese; in un *welfare* costruito essenzialmente per il lavoratore con contratto a tempo indeterminato; infine, nella disparità dei trattamenti legati alle qualifiche professionali, con dirigenti e quadri che godono di un'ampia gamma di prestazioni e servizi incentrati per lo più sulla previdenza e la sanità integrativa, mentre agli impiegati e agli operai viene riservato il sistema dei *benefits* per supportare la spesa familiare. Le carenze evidenziate non devono tuttavia far abbandonare l'idea dell'importante funzione della contrattazione collettiva decentrata quale strumento di sviluppo della RSI, la quale, viceversa, deve essere

116 AA.VV., *Il problema dell'uomo nell'ambiente*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, Bari, 1974, p. 81.

117 Si veda, ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia* (2022). IX Rapporto ADAPT, ADAPT University Press, Modena, 2018.

118 B. CARUSO, *Patti sociali decentrati, sindacato e contrattazione collettiva: un osservatorio sui cambiamenti del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, n. 4, p. 429 ss.

119 G. PIGLIALARMI, *La contrattazione sociale territoriale: inquadramento giuridico del fenomeno attraverso l'analisi contrattuale*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, n. 2, p. 713 ss.

120 M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il welfare occupazionale e aziendale in Italia*, III Rapporto ADAPT, 2020, p. 141 ss.; F. CARINCI, *Storia e cronaca di una convivenza: parlamento e concertazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, n. 1, p. 69, sostiene che si assiste ad una vera e propria «dislocazione decentrata delle leve amministrative e delle risorse cruciali necessarie per la gestione del mercato del lavoro, dell'attività produttiva, delle politiche sociali, della programmazione territoriale, della tutela dell'ambiente».



valorizzata attraverso l'azione di sostegno ed incentivo pubblico alle pratiche sociali aziendali¹²¹, poiché come efficacemente è stato osservato «la promessa di un vantaggio può supplire adeguatamente all'assenza di giuridicità della norma»¹²².

La «sanzione premiale»¹²³ gioca un ruolo fondamentale per incentivare comportamenti socialmente responsabili; tuttavia, sebbene nel tempo sono stati numerosi i progetti o i disegni di legge¹²⁴, si registrano pochi interventi legislativi di stampo promozionale che possano dare efficacia allo strumento della RSI¹²⁵.

Il sistema di incentivi può suddividersi, a grandi linee, in due macrotematiche: i benefici normativi e quelli economici. Ai primi possiamo ricondurre i programmi di certificazione sociale e gli investimenti socialmente responsabili¹²⁶; ai secondi gli incentivi di carattere economico. Entrambi, però, presentano il grosso limite dell'assenza di idonee ed affidabili procedure di verifica, soprattutto sul rispetto delle tutele lavoristiche ed ambientali¹²⁷.

Tra i programmi di certificazione un ruolo preminente è rivestito dai c.d. *social labels* (o marchi sociali)¹²⁸ che intendono orientare le scelte dei consumatori verso l'acquisto di quei

121 D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 138, secondo il quale «la norma incentivante viene infatti valutata sul piano dell'efficacia e non dell'effettività tipico della norma inderogabile. Mentre quest'ultima, in presenza di interessi considerati dal legislatore superiori e prevalenti, mortifica la volontà individuale, impedendo, con il monito della sanzione, il compimento dei comportamenti non desiderati, il diritto promozionale ha la capacità di alterare il calcolo delle convenienze dell'impresa che orienta il proprio comportamento a quello che la legge desidera attraverso il meccanismo non dell'imposizione, ma dell'incentivo».

122 Così O. KAHN - FREUND, *The Shifting Frontiers of the Law*, in *Current Legal Problems*, Steven&Sons, London, 1969, p. 14, che chiama «*indirect legal sanction*».

123 E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in AA.VV., *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI Congresso nazionale del diritto del lavoro, Alba 1-3 giugno 1978, Giuffrè, Milano, 1979, p. 10 ss.

124 Numerosi sono stati i progetti o i disegni di legge: d.d.l. S343 del 27 giugno 2001; d.d.l. C1663 del 26 settembre 2001; p.d.l. C354 del 3 maggio 2006; d.d.l. S1237 dell'11 gennaio 2007; d.d.l. S386 del 6 maggio 2008; d.d.l. S370 del 6 maggio 2008; p.d.l. C3565 del 22 giugno 2010; d.d.l. S81 del 15 marzo 2013; p.d.l. C812 del 19 aprile 2013.

125 Per un approfondimento delle normative regionali in tema di RSI si veda *Le regioni e la responsabilità sociale di impresa. Report della Ricognizione delle iniziative in tema di RSI realizzate dalle Regioni/PA e Contributo delle Regioni/PA per Action Plan Nazionale 2013-2014 sulla responsabilità d'impresa*; reperibile sul sito della Regione Friuli-Venezia Giulia

126 Tra gli strumenti di investimento socialmente responsabile possiamo annoverare: a) l'inserimento di clausole sociali nei contratti di appalto con la Pubblica amministrazione, che permette una selezione delle controparti socialmente più responsabili; b) l'autoregolamentazione delle società finanziarie e d'investimento; c) gli indici sociali della borsa valori; d) i fondi pensione-etici; e) i bilanci sociali.

127 A. PERULLI, *Diritti sociali e mercato globale*, cit. p. 957, secondo il quale i *social labels* non tendono alla certificazione delle caratteristiche intrinseche del prodotto, per il quale sarebbe sufficiente una certificazione privata, ma accertano il comportamento sociale delle aziende, che necessitano il coinvolgimento di strutture pubblicistiche insieme alle parti sociali.

128 S. ZADEK-S. LINGAYAH-M. FORSTATER, *Social labels: Tools for Ethical Trade - Final Report*, in *New Economic Foundation for the European Commission*, 1998, p. iii, definisce i *social labels* come le «*the words*



prodotti “etici”, disincentivando, al contrario, la scelta di beni prodotti senza il rispetto degli *standard* minimi di garanzia dei diritti fondamentali dei prestatori di lavoro o la salvaguardia dell’ambiente.

L’efficacia dei marchi o delle etichette sociali, come evidenziato dal libro verde della Comunità europea, passa anche da un’azione pubblica per il sostegno all’informazione e alla sensibilizzazione per la promozione di buone prassi (che possono essere inserite anche all’interno dei codici etici). Infatti, solo portando a conoscenza degli *stakeholders* l’esistenza del marchio sociale l’azienda potrà avere un ritorno economico.

Altro strumento, disciplinato dal nuovo Codice dei contratti pubblici¹²⁹, è la possibilità, nei contratti di servizi e forniture, di ottenere un abbattimento dell’importo della garanzia se la società partecipante è in possesso di una certificazione del sistema di qualità *UNI CEI* o *ISO*.

Nella medesima direzione si pone l’art. 6, comma 1, d.lgs. n. 231/2001, in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, che prevede l’esenzione della responsabilità per le società che dimostrino di aver adottato efficacemente un modello di controllo interno (ad es. un codice di condotta) atto a prevenire le forme di reato previste. Il d.l. n. 3/2023 ha da ultimo modificato l’art. 17, comma 1-*bis*, introducendo una presunzione di idoneità del modello organizzativo se improntato al corretto bilanciamento tra «le esigenze di continuità dell’attività produttiva e di salvaguardia dell’occupazione e la tutela della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute, dell’ambiente e degli altri eventuali beni giuridici lesi dagli illeciti commessi».

Un’interessante proposta, con riferimento al ruolo delle relazioni sindacali, è quella dell’impiego di un sistema di qualificazione delle imprese per la prevenzione dei rischi connessi ai disastri tecnologici e ambientali¹³⁰, sulla falsa riga del «sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi» introdotto dagli artt. 6, comma 8, lett. g), e 27, d.lgs. 81/2008, per la tutela della salute e della sicurezza negli ambienti di lavoro. Lo strumento, quindi, può essere utile per selezionare le imprese che possono operare in mercati o settori strategici, soprattutto ad elevato rischio ambientale, se in possesso di modelli organizzativi orientati alla tutela della sicurezza e dell’ambiente¹³¹.

and symbols on products which seek to influence the economic decisions of one set of stakeholders by providing an assurance about the social and ethical impact of a business process on another group of stakeholders».

129 Art. 106, comma 8, d.lgs. n. 36/2023.

130 M. TIRABOSCHI, *Il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi*, 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). Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Giuffrè, Milano, 2009; N. PACI, *I sistemi di qualificazione delle imprese*, in L. ZOPPOLI-P. PASCUCI-G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, Ipsoa, Milano, 2008, p. 313 ss.

131 M. TIRABOSCHI, *Prevenzione e gestione dei disastri naturali*, cit., p. 605, sostiene che «proprio i sistemi di qualificazione delle imprese e degli operatori economici potrebbero rappresentare, in effetti, quell’anello di congiunzione, oggi mancante, per trasporre le condivisibili teorie della resilienza e del contrasto alla vulnerabilità in un programma di azione concreto e operativo che, nel saldare ambiente e lavoro, sia mirato alla infrastrutturazione dei territori, soprattutto quelli a rischio di incidenza dei disastri naturali (ma anche ambientali), con una capillare rete di strutture organizzate che siano



La tutela dell'ecosistema può essere realizzata per mezzo di un processo di validazione o asseverazione dell'autorità pubblica¹³² delle «buone prassi» o dei «codici etici e di buona condotta», predisposti unilateralmente o con i sindacati su base volontaria¹³³. In particolare, ai sensi dell'art. 51, comma 3-bis, d.lgs. n. 81/2008, gli organismi paritetici possono rilasciare una attestazione dello svolgimento delle attività e dei servizi di supporto al sistema delle imprese, tra cui l'asseverazione della adozione e della efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza, della quale gli organi di vigilanza possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività¹³⁴.

In definitiva, l'approccio offerto dal t.u. in materia di sicurezza del lavoro offre, soprattutto dopo il correttivo del 2009, la possibilità ai datori di lavoro di strutturare i modelli di organizzazione del lavoro e della produzione tramite l'assunzione di comportamenti socialmente (ed ambientalmente) responsabili, che si proiettino sia verso l'interno (tutelando il benessere e la salute dei lavoratori), sia verso l'esterno (garantendo la collettività e le generazioni future)¹³⁵.

Sul fronte degli incentivi economici a comportamenti socialmente responsabili¹³⁶, *de iure condendo*, si potrebbe prevedere un sistema premiale secondo la logica assicurativa del *bonus/malus*¹³⁷, in cui gli atti virtuosi delle società in materia ambientale consentiranno di

attrezzate, anche a livello tecnologico e professionale, per dare piena effettività a quanto già previsto dalle normative di legge e dai piani di prevenzione puntualmente elaborati, ma spesso disattesi nel momento in cui il rischio da teorico diventa concreto».

132 La Commissione consultiva permanente ha il compito di validare le buone prassi, valorizzando, al contempo, sia gli accordi sindacali sia i codici di condotta ed etici, che, in considerazione delle specificità dei settori produttivi di riferimento, orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati (art. 6, comma 8, lett. h), d.lgs. n. 81/2008). Si vedano anche art. 2, lett. v); art. 51, comma 3-bis, d.lgs. n. 81/2008.

133 P. PASCUCCI, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione*, Working Paper di Olympus, 2015, n. 43.

134 P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, cit., p. 231, afferma che «l'organismo paritetico garantirebbe, accanto alla verifica della conformità e della corretta applicazione del modello adottato dall'impresa alle norme vigenti in materia di salute e sicurezza, la certificazione di un sistema di prevenzione e gestione globale dei rischi nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno».

135 F. SAMMARCO, *La sicurezza del lavoro tra responsabilità sociale e sostenibilità aziendale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, cit., p. 355 ss.; M. RICCI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in D. GAROFALO-M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 458, sostiene che «non si può esercitare un'impresa senza divenire socialmente responsabili delle situazioni giuridiche attive e passive che questo esercizio genera su tutti i soggetti coinvolti, sia esterni (l'intera collettività), sia interni (i lavoratori)».

136 Interessante la lettura del Piano d'azione nazionale sulla responsabilità sociale d'impresa 2012-2014, del Ministero del lavoro e del Ministero dello Sviluppo economico.

137 Sistema utilizzato nel d.d.l. S986 del 7 agosto 2013 sul "Codice semplificato del lavoro". Sul punto si veda P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato. Come la riforma sta abbattendo il muro tra i garantisti, i precari e gli esclusi*, Mondadori, Milano, 2015.



accumulare un punteggio tale da permettere l'accesso a finanziamenti statali o regionali a tasso agevolato per investimenti sostenibili ovvero un abbattimento del costo del lavoro mediante una riduzione del cuneo fiscale e la concessione di esoneri contributivi; un alleggerimento del premio assicurativo legato, ad esempio, al drastico calo dell'indice di incidenza degli infortuni sul lavoro o la progressiva riduzione dei climalteranti.

4. Il bene ambiente nel bilanciamento tra impresa e lavoro: la funzione pubblica del sindacato.

L'esigenza di legalità e sicurezza del lavoro condiziona in modo permanente la libertà di intrapresa economica¹³⁸. Per tutelare la dignità personale del lavoratore sono previsti non solo limiti procedurali all'esercizio dei poteri gerarchici dell'imprenditore, ma, al fine di salvaguardare l'integrità fisica e morale dei lavoratori (art. 2087 c.c.), è la stessa capacità organizzativa che risulta sensibilmente condizionata¹³⁹.

Sulla base di queste premesse è utile rileggere le motivazioni della sentenza n. 85/2013 della Corte costituzionale che ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale del d.l. n. 207/2013, c.d. «decreto Salva Ilva»¹⁴⁰. Nell'ordinanza di remissione alla Corte si era rilevato come fosse ontologicamente errato contrapporre il diritto al lavoro al diritto alla salute, essendo quello al lavoro un diritto che «anzitutto si svolge nel pieno rispetto di tutti i diritti fondamentali della persona (salute, sicurezza, libertà, dignità umana, ecc.), i quali valgono, dunque, a permeare l'essenza, cosicché nessuna contrapposizione dovrebbe profilarsi tra i due diritti, la tutela del lavoro presupponendo imprescindibilmente quella della salute».

La Corte, tuttavia, ritiene infondato l'assunto del giudice remittente «secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come "valori primari" (sentenza n. 365 del 1993 [...]) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine

138 R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 166 ss., parla di «diritto al lavoro sicuro».

139 L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 77 ss.; P. PASCUCI, *La salvaguardia dell'occupazione*, cit., p. 4, anche nota 10, afferma che la stessa libertà di «fare impresa» non può esplicarsi se non nel quadro di regole a cui, a partire dalla direttiva quadro n. 89/391/CEE, ogni Stato membro dell'Unione europea si è dovuto conformare. «Parafrasando l'art. 41, comma 2, Cost., combinato con l'art. 32 Cost., risulta così legittima soltanto l'attività imprenditoriale che garantisca un *lavoro sicuro* per i propri lavoratori».

140 E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 15, p. 1 ss.



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». La *ratio* della disciplina del d.l. n. 207/2012 - afferma la Corte - «consiste nella realizzazione di 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. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione» - sottolinea la Corte - «si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro (sentenza n. 264 del 2012). 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».

L'impressione che se ne trae è tuttavia un'asimmetria tra diritti tutti costituzionalmente protetti con una prevalenza del diritto alla produzione rispetto a quelli della salute e dell'ambiente, non foss'altro per la parzialità e la lentezza del processo di risanamento ambientale tracciato dall'AIA di cui al d.l. n. 207/2012¹⁴¹. In sostanza, nella vicenda *ex Ilva*, occupazione e produzione sembrano prevalere sulla salute dei lavoratori e dei tarantini. Lo squilibrio (generatore del danno alla salute e all'ambiente) è dato dalla consapevole ed errata comprensione del concetto di produzione, intesa non come capacità di generare un dato quantitativo di prodotto, ma come capacità di organizzare l'attività imprenditoriale in modo da non ledere la salute dei lavoratori e l'ambiente circostante. Ne consegue che la salvaguardia del diritto all'occupazione è solo un riflesso di come l'organizzazione della produzione dell'impresa deve svolgersi per risultare in ragionevole equilibrio con la tutela del diritto alla salute e all'ambiente¹⁴².

L'art. 41 Cost., dopo aver sancito al comma 1 la libertà di intrapresa economica, al comma 2 pone dei limiti all'organizzazione imprenditoriale al fine di non recare danno ai beni

141 P. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva"*, cit., p. 11 s., sostiene che «mentre il diritto alla produzione e conseguentemente all'occupazione verrebbero salvaguardati pressoché integralmente, quello alla salute dovrebbe invece fare i conti appunto con la parzialità e la lentezza degli interventi di risanamento con ciò che potrebbe conseguirne in ordine alla sua effettiva tutela».

142 P. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva"*, cit., p. 9, efficacemente osserva che «a minacciare l'Ilva o, meglio, la produzione e l'occupazione dell'Ilva, sono piuttosto i frutti avvelenati di una dissennata politica industriale ed urbanistica che, per decenni, facendo leva sul ricatto occupazionale, particolarmente fertile in molte aree del Mezzogiorno, ha fatto sì che l'equilibrio fra i tanti diritti in gioco (quello alla salute dei cittadini e dei lavoratori, quello all'intrapresa economica e quello all'occupazione) risultasse decisamente sbilanciato a favore di questi ultimi. A minacciare l'Ilva è quindi...l'Ilva stessa, con le sue tecnologie ed i suoi presidi di sicurezza obsoleti, distante dalle moderne e ben più sicure acciaierie di altri paesi europei».



personalistici, tra cui la salute e l'ambiente, a seguito della modifica della legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1¹⁴³.

In definitiva, come si è avuto modo di argomentare, l'iniziativa economica privata è funzionalizzata alla realizzazione di un interesse pubblico consistente nella salvaguardia della salute e dell'ambiente¹⁴⁴, poiché la produzione deve considerarsi astrattamente idonea a contribuire al progresso materiale della società, in quanto creatrice delle condizioni per un ulteriore sviluppo delle relazioni sociali¹⁴⁵. I valori costituzionali primari, come il lavoro e l'ambiente, devono essere contemperati con la libertà di iniziativa economica privata, il cui riconoscimento costituzionale implica «l'accettazione di un sistema di economia di mercato, in quanto ritenuto il più efficiente sul piano strumentale a realizzare i valori della persona»¹⁴⁶.

L'interconnessione funzionale tra impresa, lavoro e ambiente è fortemente presente anche nelle politiche economiche e sociali dell'Unione europea. L'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), afferma che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». L'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede 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» e l'art. 3, § 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE) prevede che l'Unione si «adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»¹⁴⁷.

143 R. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, Wolters Kluwer, Milano, 2022, suggerisce che la previsione costituzionale identifica «l'ambiente, al pari della salute, come un bene o un valore *extra commercium* ovvero *sovra commercium*».

144 La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, con l'art. 1, comma 1, ha introdotto il comma 3 all'art. 9 Cost. riconoscendo che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni».

145 C. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 149, qui p. 164, ora in *Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 1972, III, p. 237.

146 R. PESSI, *Valori e "regole" costituzionali*, Aracne, Roma, 2009, p. 10. Nella medesima direzione si vedano anche M. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, n. 4-5, I, p. 1031 ss.; E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2006, n. 109, p. 23; L. MONTUSCHI, *La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana*, in M. BIAGI (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Maggioli, Rimini, 1991, p. 18, secondo il quale «nessuno scambio è ammissibile o ipotizzabile, nessuna subalternità può essere consentita o anche solo tollerata».

147 Sul punto, si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Avvio di una consultazione su un pilastro europeo dei diritti sociali, 8 marzo 2016", COM(2016)127 final, in cui si ricorda che l'art. 3 del Trattato sull'Unione europea sottolinea l'importanza di lavorare per «lo sviluppo sostenibile dell'Europa», che deve essere fondato, fra gli altri fattori, sul «miglioramento della qualità



La lettura offerta trova conforto anche nella legislazione interna ove all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell'ambiente), si individua tra le finalità della normativa quella della «promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali»¹⁴⁸.

Quello dell'Ilva di Taranto è solo uno dei tanti distratti tecnologici ed ambientali¹⁴⁹ avvenuto negli ultimi anni in cui le principali situazioni di criticità sono da ricondurre «a preesistenti squilibri economici e di reddito, a disparità di potere tra gruppi sociali, ai livelli di istruzione, al limitato accesso alle informazioni e alla formazione, a disparità determinate dal funzionamento dei sistemi pubblici di protezione sociale, nonché alla esistenza di deboli legami fiduciari nel tessuto sociale e produttivo»¹⁵⁰. In questo senso, le cause del rischio ambientale inteso in senso lato e i relativi effetti che ne discendono «non dipendono solamente dall'evento in sé considerato, ma anche dalle diverse condizioni di vulnerabilità e resilienza delle persone e dei gruppi sociali coinvolti su cui non poco possono incidere i sistemi di welfare e di relazioni industriali».

È necessaria, dunque, una riconsiderazione sistemica della questione ambientale per evitare che la rottura del «punto di equilibrio» tra impresa, lavoro e ambiente, possa generare a Taranto (e altrove) la morte di 1650 persone ogni anno¹⁵¹. L'azione sindacale deve quindi abbandonare logiche puramente conflittuali per transitare verso forme di partecipazione

dell'ambiente». Nello stesso senso si vedano altresì le comunicazioni della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni *“Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità, 22 novembre 2016”*, COM (2016)739 final; *“Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro, 21 febbraio 2007”*, COM (2007)62 def.; comunicazione della Commissione *“Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006, 11 marzo 2002”*, COM (2002)118 def.

148 M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in *Persona e Mercato*, 2015, n. 1, p. 46 s., afferma che alla luce dei principi espressi nel Codice dell'ambiente «non siano maturi i tempi per accreditare un nuovo paradigma contrattuale, il “contratto ecologico”, figura in cui l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto, enfatizzando il profilo della doverosità dell'uso razionale delle risorse naturali a vantaggio anche delle generazioni future [...] in armonia con il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.)».

149 Per una ricostruzione sistematica dei disastri tecnologici e ambientali si veda S. LUZZI, *Il virus del benessere. Ambiente, salute, sviluppo nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari, 2009.

150 M. TIRABOSCHI, *Prevenzione e gestione dei disastri naturali*, cit., p. 580 s.

151 La perizia epidemiologica della Procura di Taranto nei procedimenti nn. 938/10 e 4868/10 R.G. N.R., 5488/10 e 5821/10 R.G., evidenzia nei sette anni di osservazione i seguenti dati: un totale di 11550 morti, con una media di 1650 morti all'anno, soprattutto per cause cardiovascolari e respiratorie; un totale di 26999 ricoveri, con una media di 3857 ricoveri all'anno, soprattutto per cause cardiache, respiratorie, e cerebrovascolari. Di questi, considerando solo i quartieri Tamburi e Borgo, i più vicini alla zona industriale: un totale di 637 morti, in media 91 morti all'anno, sono stati attribuiti ai superamenti dei limiti di PM10 di 20 microgrammi a metro cubo (valore consigliato OMS rispetto al limite di legge europeo di 40 microgrammi a metro cubo); un totale di 4536 ricoveri, una media di 648 ricoveri all'anno per malattie cardiache e malattie respiratorie, sempre attribuibili ai suddetti superamenti.



e co-organizzazione solidaristica con l'impresa, promuovendo la tutela della salute e dell'ambiente, in modo che la crisi ambientale non divenga crisi della rappresentanza e della *governance* politica e sindacale¹⁵². I sindacati, infatti, sono rappresentativi di interessi parziali ma al contempo portatori della tutela dell'interesse generale e, pertanto, l'esercizio delle funzioni pubbliche ad essi assegnate si deve svolgere con le garanzie che la tutela degli interessi pubblici richiede¹⁵³.

152 R. DEL PUNTA, *Tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale*, cit., p. 154, sostiene che la «collusione fra impresa, sindacati, e talvolta gli stessi lavoratori, tende altresì a rinsaldarsi quando c'è da lottare contro un nemico esterno che rischia di mettere in pericolo la sopravvivenza stessa dell'azienda, o comunque i livelli occupazionali. Questo nemico esterno può configurarsi, ad esempio, nei cittadini che vivono nelle zone limitrofe all'azienda, e che sono minacciati da agenti patogeni propagati dalla fabbrica nell'ambiente circostante».

153 G. PELLACANI, *Il sindacato nella prospettiva pluriordinamentale oggi*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Pisa-Lucca 5-6 maggio 2021, LaTribuna, Piacenza, 2021, p. 194 s.; B.G. MATTARELLA, *Il ruolo di interesse pubblico del sindacato italiano*, in *Riv. pol. soc.*, 2008, p. 184 s.; R. HYMAN, *The Future of Employee Representation*, in *British Journal of Industrial Relations*, 1997, vol. 35, n. 3, p. 326, afferma che «i sindacati, per sopravvivere, dovrebbero espandere la loro identità tradizionale agendo sia come veicoli per la difesa e l'avanzamento di interessi particolari sia come promotori di interessi generali».



L'APPROCCIO DI GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI AL DIRITTO EUROPEO*

Emilio Balletti

Professore ordinario di Diritto del lavoro Università della Campania Luigi Vanvitelli

Abstract:(IT): nel saggio è esaminato l'importante contributo fornito da Giuseppe Santoro-Passarelli allo studio del diritto europeo in relazione al diritto del lavoro e sindacale e ai diritti sociali. Ciò, anzitutto, con riguardo alla ricostruzione degli aspetti strutturali di fondo e di inquadramento generale della materia, ma, al contempo, anche in virtù dell'indagine di svariati temi e istituti determinati.

Abstract:(EN): the essay examines the important contribution provided by Giuseppe Santoro-Passarelli to the study of European law in relation to labor and trade union law and social rights. This, first of all, with regard to the reconstruction of the underlying structural aspects and general framework of the subject, but, at the same time, also by virtue of the investigation of various specific themes and institutions.

SOMMARIO: 1. Il contributo di Giuseppe Santoro-Passarelli al diritto europeo in relazione alla materia giuslavoristica e sindacale: notazioni preliminari. - 2. Il diritto del lavoro e i diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea. - 3. Fonti europee e normativa nazionale in tema di diritto del lavoro e di diritti sociali. - 4. L'operare delle normative europee in relazione all'ordinamento nazionale: l'intangibilità della dignità e dei diritti fondamentali della persona del lavoratore. - 5. La parità di trattamento e il divieto di discriminazione. - 6. Libertà di circolazione nella UE dei prestatori di lavoro e attività di collocamento. - 7. Il trasferimento di azienda. - 8. Il contratto di lavoro a tempo determinato. - 9. La sicurezza sul lavoro. - 10. La (persistente) inderogabilità della tutela dei diritti fondamentali e della dignità della persona del lavoratore.

1. Il contributo di Giuseppe Santoro-Passarelli al diritto europeo in relazione alla materia giuslavoristica e sindacale: notazioni preliminari.

Di importanza fondamentale è il contributo scientifico di Giuseppe Santoro-Passarelli allo studio del diritto europeo in relazione al diritto del lavoro e sindacale e ai diritti sociali, a



partire dall'esemplare voce enciclopedica "Lavoro IV) Diritto Comunitario"¹, ad oggi insostituibile primo riferimento di ogni elaborazione in argomento, e comunque con riguardo a tematiche e questioni molteplici inerenti all'intero arco della materia.

Oggetto di analisi è, anzitutto, la ricostruzione sistematica di aspetti strutturali di fondo e di inquadramento generale, quali la rilevanza annessa nell'ambito comunitario e del diritto europeo al diritto del lavoro e alla politica sociale, i rapporti tra ordinamento comunitario e diritto UE con gli ordinamenti dei singoli Stati membri, le relazioni tra fonti UE e fonti nazionali².

Ma a rilevare è, al contempo, anche l'indagine di temi e istituti determinati, quali la dignità e i diritti fondamentali dei prestatori di lavoro³, il divieto di discriminazione e la parità di trattamento⁴, la contrattazione collettiva e il cd. dialogo sociale⁵, il trasferimento di azienda⁶, la libertà di circolazione e il monopolio del collocamento⁷, il contratto di lavoro a tempo determinato⁸, la tutela dei lavoratori autonomi⁹, la sicurezza sul lavoro¹⁰: in relazione ai quali Giuseppe Santoro-Passarelli individua i rispettivi regimi normativi alla luce del diritto europeo e, dunque, della valutata sua possibile diretta applicazione, o meno, rispetto alla

1* Il presente scritto riproduce la relazione tenutasi al convegno dal titolo "In ricordo di Pino Santoro-Passarelli, nel giorno del suo compleanno. L'approccio al diritto europeo", Roma, Sapienza Università di Roma, 6 ottobre 2023.

G. SANTORO-PASSARELLI, voce *Lavoro IV) Diritto Comunitario*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, 1996.

2 Cfr. ancora G. SANTORO-PASSARELLI, voce *Lavoro IV) Diritto Comunitario*, cit., nonché: ID., *L'applicabilità e l'efficacia diretta nell'ordinamento italiano delle norme comunitarie in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, n. 1, p. 37; ID., *Il difficile adeguamento del diritto interno al diritto comunitario*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 1998, n. 1, p. 317; ID., *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, n. 1, p. 63.

3 G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei riders*, in *Labor*, 2022, n. 1, p. 5 ss.

4 G. SANTORO-PASSARELLI, *La parità di trattamento nell'ordinamento italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, in *Giur.it.*, 1994, n. 1, p. 913.

5 G. SANTORO-PASSARELLI, *Tendenze della politica sociale nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, n. 2, p. 141; ID., *Unione economico-monetaria e contrattazione collettiva europea: organizzazione tecnico-giuridica dei processi negoziali e loro ricaduta nell'ordinamento italiano*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, n. 3, p. 537.

6 G. SANTORO-PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, n. 2, p. 575 e ID., *Il difficile adeguamento del diritto interno al diritto comunitario*, cit., pp. 317-318.

7 V. ancora G. SANTORO-PASSARELLI, *Il difficile adeguamento del diritto interno al diritto comunitario*, cit., pp. 325-326.

8 G. SANTORO-PASSARELLI, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 1, p. 189.

9 G. SANTORO-PASSARELLI, voce *Lavoro autonomo: I) Diritto del lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, 1996; ID., *Falso lavoro autonomo e lavoro economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 2013, n. 1, p. 103.

10 G. SANTORO-PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, cit., p. 87 ss.



disciplina nazionale e, comunque, di quella che reputa esserne l'effettiva incidenza in relazione a questa.

Non senza una completa trattazione pure manualistica della materia de "Il Diritto del lavoro dell'Unione Europea"¹¹ e, comunque, con costante lucida attenzione alle evoluzioni negli anni dell'ordinamento comunitario e del diritto UE in generale.

2. Il diritto del lavoro e i diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea.

Giuseppe Santoro-Passarelli, in particolare, valuta in forma critica la considerazione marginale, solo "ancillare" e "servente", prestata in origine nella sede comunitaria al diritto del lavoro e ai diritti sociali: a fronte dei preminenti valori e interessi dell'impresa, della concorrenza e del libero mercato¹², e comunque alla luce della "non universalità" dei fini della Comunità europea. Comunità europea che infatti egli rileva non assumere in origine quale finalità del suo operare il soddisfacimento di tutti indistintamente i bisogni dei cittadini, ma solo di specifici obiettivi segnatamente individuati unitamente all'indicazione delle relative azioni per perseguirli, e, pertanto, con il conseguente permanere in capo ai singoli Stati membri delle altre competenze¹³.

Esclusane in tal senso una loro considerazione in sé in sede di trattato istitutivo CEE e nel processo di integrazione europea, almeno fino alla stipulazione del Trattato di Maastricht, il diritto del lavoro e le politiche sociali vengono così a rilevare in via solo eventuale e servente rispetto ai suddetti valori comunitari preminenti. Vale a dire, soltanto quando la loro mancata tutela o anche la diversità dei loro regimi nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri sia causa di dumping sociale o comunque fattore di alterazione della concorrenza e del libero mercato. Anche perché si reputa che il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini degli Stati membri possa aversi già solo in conseguenza del buon funzionamento del libero mercato¹⁴.

Onde, facendo proprie le parole di Giuseppe Federico Mancini¹⁵, il giudizio di Giuseppe Santoro-Passarelli di originaria "frigidità sociale" dell'ordinamento comunitario¹⁶, che, come tale, è peraltro valso quale anticipazione del maggiore rilievo poi invece acquisito nel tempo in sede europea dal medesimo diritto del lavoro e dai diritti sociali, in virtù dell'affrancamento

11 Cfr., spec., da ult., la parte terza di G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritti dei lavoratori e dell'occupazione*, IX ediz., Giappichelli, Torino, 2022, p. 227 ss., nonché già R. FOGLIA-G. SANTORO-PASSARELLI, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996.

12 G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro IV) Diritto Comunitario* cit. V. in senso analogo G. ARRIGO, *Principio di sussidiarietà e politica sociale*, in AA.VV., *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive. Atti del Convegno di Napoli 4-5 novembre 1994*, Assicredito, Roma, 1995, p. 50.

13 G. SANTORO-PASSARELLI, *Tendenze della politica sociale nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 148.

14 G. SANTORO-PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, cit., p. 63 ss.

15 G.F. MANCINI, *Principi fondamentali del diritto del lavoro delle Comunità europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano. Atti del Convegno di Parma 30-31 ottobre 1995*, Cedam, Padova, 1988, p. 26.

16 G. SANTORO-PASSARELLI, voce *Lavoro IV) Diritto Comunitario*, cit., p. 1.



graduale dall'originaria loro posizione di subalternità rispetto ai cennati valori e interessi dell'impresa e del libero mercato¹⁷.

Pur a fronte della graduale valorizzazione in ambito europeo dei temi del diritto del lavoro e della politica sociale, Giuseppe Santoro-Passarelli evidenzia, tuttavia, come permanga quale elemento di divergenza tra ordinamento UE e ordinamento nazionale la rilevanza primaria di determinanti principi fondamentali di cui alla nostra Carta costituzionale¹⁸: in punto, in particolare, di assunzione del lavoro quale valore fondante del nostro ordinamento, dignità umana, diritti e tutele giuslavoristiche, libertà e organizzazione sindacale e diritto di sciopero. Senza che risulti un'analogia considerazione di tali valori in sede di ordinamento UE¹⁹.

Tanto più alla luce della portata inderogabile dei principi e delle disposizioni costituzionali in questione. E, al contempo, anche in quanto, come evidenziato da Giuseppe Santoro-Passarelli, lavoro, dignità umana e utilità sociale non sono nemmeno sanciti, *ex art. 41, comma 2, Cost.*, soltanto quali valori e interessi "paritari" rispetto alla concorrenza, il libero mercato o l'impresa (e, quindi, giammai ad essi subordinati o solo accessori: come si è detto essere reputato a lungo in ambito europeo), ma anzi stabiliti a "limite" precipuo dell'iniziativa economica²⁰. Con relativo ostacolo all'eventualità di un loro contemperamento "alla pari" con i medesimi interessi della concorrenza, del mercato e dell'impresa, giacché da garantirsi in assoluto e pertanto con questi *stricto iure* "non bilanciabili"²¹. Ciò, peraltro, a ben vedere, con qualche diversità in proposito rispetto allo stesso possibile bilanciamento tra interesse al lavoro e interessi dell'impresa come invece prefigurato anche di recente dalla Corte costituzionale in tema di tutele in materia di licenziamenti²².

Il richiamo al rilievo primario dei principi costituzionali è un tratto fondamentale caratterizzante dell'elaborazione scientifica di Giuseppe Santoro-Passarelli, ribadito costantemente anche a fronte dei mutamenti e delle evoluzioni nel tempo della normativa europea e dei suoi rapporti con gli ordinamenti nazionali, ferma restando la reputata

17 G. SANTORO-PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, cit., p. 66 e in argomento cfr. M. GRANDI, *Diritto del lavoro e Comunità europea*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 1995, n. 1, p. 142.

18 Ancora G. SANTORO-PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea* cit., p. 64.

19 G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei riders*, cit., p. 7 e già Id., *Unione economico-monetaria e contrattazione collettiva europea: organizzazione tecnico-giuridica dei processi negoziali e loro ricaduta nell'ordinamento italiano*, cit., p. 540.

20 G. SANTORO-PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, cit., p. 65.

21 V. analogamente, riguardo il pensiero di Giuseppe Santoro-Passarelli nel senso della "non bilanciabilità" dei cennati valori e diritti fondamentali della persona del lavoratore con gli interessi dell'impresa, S. BELLOMO, *Giuseppe Santoro-Passarelli: il diritto del lavoro come impegno e passione*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2023, n. 2, p. 7.

22 Cfr. *amplius*, per tutte, Corte cost. n. 194/2018.



comunque necessaria specificazione da parte del legislatore ordinario degli stessi principi costituzionali in parola anche se già di immediata precettività²³.

3. Fonti europee e normativa nazionale in tema di diritto del lavoro e di diritti sociali.

È ovviamente valutato positivamente da Giuseppe Santoro-Passarelli il cambiamento di passo rispetto alle sue origine dell'ordinamento UE nel senso di una progressiva maggiore considerazione del lavoro e dei diritti sociali, che nell'incedere di atti successivi²⁴ evidenzia determinarsi in virtù dell'affermazione in sede europea di determinati principi sociali. Ciò in tema, tra l'altro, di libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento, promozione della collaborazione degli Stati membri per lo studio e la redazione di pareri in materia di occupazione, diritto al lavoro, condizioni lavoro, formazione e perfezionamento professionale, sicurezza sociale, infortuni e malattie professionali, igiene del lavoro, sicurezza e salute nell'ambiente di lavoro, sviluppo del dialogo sociale, parità di retribuzioni uomo-donna, coesione economico-sociale, riavvicinamento delle legislazioni²⁵.

A delinearci in proposito è anche un processo graduale di riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri e di loro adeguamento alle normative europee, che Giuseppe Santoro-Passarelli valuta realizzarsi mediante le diverse tecniche del coordinamento, dell'armonizzazione, oppure dell'uniformazione e unificazione, evidenziandone le rispettive caratteristiche e differenze, nonché i corrispondenti spazi che si determinano al riguardo in termini di maggiore o minore applicazione diretta delle normative europee e, al contempo, anche di superiore o inferiore autonomia e discrezionalità degli ordinamenti nazionali in ordine alla loro attuazione²⁶.

Ulteriore questione è rappresentata da quello che si rivela essere il grado di partecipazione e comunque di coinvolgimento delle parti sociali nei processi decisionali delle istituzioni europee, in forma sia di consultazione sia di concertazione, nonché mediante l'attività di contrattazione collettiva²⁷.

Ove ad essere rimarcato da Giuseppe Santoro-Passarelli è il tuttora limitato livello di affermazione del contratto collettivo europeo nell'ambito sia dell'ordinamento UE sia in relazione agli ordinamenti degli Stati membri, evidenziando quelli che reputa essere i limiti e comunque gli ostacoli che ad oggi si pongono rispetto ad una possibile effettiva piena affermazione della contrattazione collettiva europea.

23 Così ancora G. SANTORO-PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro*, cit., p. 66, in analogia, sul punto, a Corte Cost. n. 194/2018.

24 Cfr., nel tempo, Carta sociale europea come rivista nel 1996, Atto Unico UE del 1986, Trattato di Maastricht del 1992, Accordo sulla politica sociale del 1992, Carta dei diritti fondamentali UE del 2000, Trattato di Nizza del 2001, Trattato di Lisbona del 2007-2009.

25 G. SANTORO-PASSARELLI, *Tendenze della politica sociale nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 142.

26 Ancora G. SANTORO-PASSARELLI, *Tendenze della politica sociale nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 142 e ID., *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea* cit., p. 70 ss.

27 Su cui cfr., in generale, F. GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva*, Franco Angeli, Milano, 1992 e S. Sciarra, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la contrattazione collettiva*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, n. 4, p. 715.



Vale a dire, sia qui detto in sintesi: l'adeguatezza degli odierni criteri individuazione e composizione degli agenti negoziali, peraltro anche con il limite di una loro legittimazione proveniente non dal basso, da parte dei singoli prestatori di lavoro, ma dall'alto; l'incerta e comunque limitata rappresentatività degli stessi agenti negoziali, sia in sede europea sia negli Stati membri; in via generale, le diversità anche sostanziali di riconoscimento, regime normativo ed efficacia della libertà dell'organizzazione e dell'azione sindacale e dello sciopero in sede, rispettivamente, di ordinamento UE e di singoli ordinamenti nazionali²⁸.

4. L'operare delle normative europee in relazione all'ordinamento nazionale: l'intangibilità della dignità e dei diritti fondamentali della persona del lavoratore.

In merito ai rapporti tra le fonti sono indagati lucidamente da Giuseppe Santoro-Passarelli²⁹ gli interrogativi che si prospettano in ordine ad applicazione, incidenza e comunque effettività dei Trattati, regolamenti e delle direttive UE in riferimento agli ordinamenti dei singoli Stati membri e segnatamente di quello italiano³⁰.

Così, in particolare, per quanto concerne la cd. efficacia verticale o invece anche orizzontale delle direttive. E cioè, nel primo caso, soltanto nei confronti degli Stati nazionali e non anche rispetto ai privati (ai quali, nell'ipotesi, qualora interessati all'applicazione di una determinata direttiva rimasta inattuata, permane tuttavia la possibilità agire in via risarcitoria per eventuali danni nei confronti dello Stato rimasto inerte)³¹, oppure, diversamente, nel caso di efficacia cd. orizzontale, con operatività del dettato della direttiva anche nei rapporti tra privati in via diretta³².

Sempre in tema di incidenza delle normative europee in relazione agli ordinamenti degli Stati membri, valutazioni critiche sono comunque espresse da Giuseppe Santoro-Passarelli, oltre che riguardo il possibile rilevare delle direttive ai fini dell'interpretazione delle norme nazionali³³, in ordine all'eshaustività della tecnica della cd. disapplicazione delle norme interne non conformi al diritto UE.

Sono infatti facilmente immaginabili i problemi che al riguardo tendono a determinarsi in ragione dell'inevitabile variare delle decisioni giudiziarie e, quindi, in termini di "incertezza"

28 G. SANTORO-PASSARELLI, *Tendenze della politica sociale nell'ordinamento comunitario* cit., p. 149. In senso analogo M. GRANDI, *Diritto del lavoro e Comunità europea*, cit., p. 158.

29 G. SANTORO-PASSARELLI, *L'"applicabilità" e l'"efficacia" diretta nell'ordinamento italiano delle norme comunitarie in materia di lavoro*, cit., p. 37.

30 In generale in argomento cfr., per tutti, già F. SANTONI, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la legislazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, n. 4, p. 659, nonché, più di recente, M. DE LUCA, *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano: (più di) trent'anni dopo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, n. 3, p. 387.

31 V., ad es.: Corte giust. 26 febbraio 1986, causa 152/84; Corte giust. 9 novembre 1991, cause riunite C 6/90 e C 9/91; Corte giust. 5 marzo 1996, cause 46/93 e 48/93. Nel senso dell'esclusione di un'efficacia orizzontale delle disposizioni delle direttive v. anche Cass. n. 3974/1995.

32 Cfr., ad es., già Corte giust. 4 dicembre 1974, causa 41/74, in relazione alla direttiva 25 febbraio 1964, n. 221 in tema di libera circolazione dei lavoratori. Nel senso dell'affermazione di efficacia orizzontale della direttiva n. 207/1976, in tema di lavoro notturno delle donne, v. invece Cass. n. 1271/1995.

33 G. SANTORO-PASSARELLI, voce *Lavoro IV) Diritto Comunitario*, cit., p. 3.



del diritto, tali da far ragionevolmente escludere che la questione dell'eventuale immediata applicazione delle norme europee possa essere semplicisticamente demandata *in toto* al solo giudice nazionale. Al di là del fatto che lo stesso giudice nazionale pure in proposito permane ovviamente tenuto ad attenersi al dato normativo positivo: il cui contenuto è allora da auspicare che anche in questo senso sia il più possibile chiaro riguardo sia il dettato della normativa europea in sé, sia la sua effettiva incidenza in ordine al diritto nazionale³⁴.

Resta fermo il richiamo ai principi costituzionali, che anche in tal senso Giuseppe Santoro-Passarelli infatti ribadisce porsi a limite dell'applicazione del diritto europeo, sempre in forza della rilevata preminenza e intangibilità della dignità e dei diritti fondamentali della persona del lavoratore, nonché quindi della loro "non bilanciabilità" in via "paritaria" con la libertà di iniziativa economica e gli interessi del libero mercato e dell'impresa³⁵.

5. La parità di trattamento e il divieto di discriminazione.

Con riguardo alle questioni e agli istituti determinati che si è detto essere da lui indagati in relazione al diritto europeo, il primo tema in ordine di tempo oggetto di studio da parte di Giuseppe Santoro-Passarelli è quello della parità di trattamento e del divieto di discriminazione³⁶, argomentando, in specie, come nel nostro ordinamento nazionale non rilevi un principio generale di parità di trattamento, ma solo un divieto di discriminazione, che è cosa diversa rispetto appunto ad una generale parità di trattamento. E ciò benché nell'ordinamento UE sia affermato il divieto di ogni discriminazione in ragione della diversa nazionalità, nonché pur a fronte di alcune pronunzie della giurisprudenza comunitaria³⁷ che hanno «finito per equiparare, quanto agli effetti, in materia di sesso e di cittadinanza, divieto di discriminazione e principio di parità di trattamento»³⁸.

Ai sensi dell'art. 19 del Trattato di funzionamento UE, il Consiglio è in ogni caso abilitato in generale all'adozione di ogni provvedimento opportuno per contrastare le discriminazioni di sesso, razza, origine etnica, disabilità, età, orientamento sessuale.

Mentre, pur al cospetto di un'originaria considerazione delle discriminazioni solo quale fattore di turbativa del funzionamento del libero mercato, alla luce dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali UE e di una serie di successive direttive a partire dall'anno 2000³⁹, a poi consolidarsi gradualmente quale obiettivo in sé dell'azione europea è, invece, il contrasto in via generale alla discriminazione al fine di garantire la dignità e i diritti fondamentali della

34 G. SANTORO-PASSARELLI, *L'"applicabilità" e l'"efficacia" diretta nell'ordinamento italiano delle norme comunitarie in materia di lavoro*, cit., p. 51.

35 G. SANTORO-PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, cit., p. 94.

36 G. SANTORO-PASSARELLI, *La parità di trattamento nell'ordinamento italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, cit., p. 914 ss. E successivamente cfr. anche Id., voce *Lavoro IV) Diritto Comunitario* cit., p. 5, nonché, da ult., ID., *Diritti dei lavoratori e dell'occupazione*, cit., p. 241 ss.

37 V., ad es., Corte giust. 7 febbraio 1991, causa C 184/89 e Corte giust. 24 marzo 1987, causa 286/85.

38 Così, criticamente, ancora G. SANTORO-PASSARELLI, voce *Lavoro IV) Diritto Comunitario*, cit., p. 5.

39 Cfr., ad es., le direttive 2000/42, 2000/78, 2002/73 e 2006/54.



persona, in relazione sia all'accesso lavoro sia allo svolgimento del rapporto di lavoro, in via paritaria alla tutela della concorrenza nell'ordinamento comunitario.

Ove per quanto concerne il nostro ordinamento nazionale il recepimento del dettato delle direttive e lo stesso adeguamento alle pronunzie della Corte di Giustizia in materia sono valutati da Giuseppe Santoro-Passarelli essersi tradotti in un ampliamento delle fattispecie discriminatorie - spec., per ragioni di handicap, età, orientamento sessuale, convinzioni personali (artt. 8 e 15, Stat. lav.) e pure di cittadinanza per i contratti di lavoro dei lettori di lingua straniera -, nella revisione del divieto di lavoro notturno per le donne⁴⁰, oltretutto anche in via generale in un'agevolazione degli oneri probatori giudiziali e in una maggiore effettività per più versi della tutela risarcitoria⁴¹.

6. Libertà di circolazione nella UE dei prestatori di lavoro e attività di collocamento.

Relativamente al principio di libera circolazione nella UE dei prestatori di lavoro, è rimarcato da Giuseppe Santoro-Passarelli come la diversa nazionalità non possa valere quale fattore di discriminazione o anche di disparità di trattamento.

Ciò, invero, con l'argomentazione dell'operare anche in riferimento ai lavoratori autonomi del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi nella UE, in coerenza alla sua tesi di fondo per la quale dalla nostra Costituzione il lavoro è tutelato in tutte le sue forme e, quindi, anche nel caso di prestazioni di lavoro autonomo o, comunque, *lato sensu* non subordinato⁴². Tanto più dal momento che, peraltro, «al livello dell'Unione ... diversamente da quanto accade per gli ordinamenti degli Stati membri, seppure in termini non omogenei, la nozione di lavoro subordinato in contrapposizione con quella di lavoro autonomo non è funzionale all'applicazione di un determinato statuto protettivo»⁴³.

In merito alla tematica connessa del collocamento di manodopera, Giuseppe Santoro-Passarelli rileva come, in virtù della nota sentenza "Job Center" della Corte di Giustizia⁴⁴, in conformità alle regole della concorrenza, sia stato sì imposto il divieto di monopolio pubblico del collocamento, ma non anche l'interdizione della medesima funzione del collocamento per gli uffici pubblici. Con la conseguenza che agli Stati membri permane precluso poter riservare agli stessi uffici pubblici le attività di collocamento, specie quando questi non siano in grado di soddisfare la domanda del mercato del lavoro, così come risulta per altro verso loro impedita la sanzionabilità dei privati che svolgano dette attività di collocamento in concorrenza con i medesimi uffici pubblici⁴⁵.

40 Su cui v. già Corte giust. 13 marzo 1997, causa C 197/1996 e Corte giust. 4 dicembre 1997, causa 207/1996.

41 G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, cit., p. 241 ss.

42 G. SANTORO-PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, cit., p. 118.

43 G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, cit., p. 241.

44 Corte Giust. 11 dicembre 1997, causa C 55/1996. Cfr. analogamente già Corte giust. 23 aprile 1991, causa n. 41/1990, nonché diversamente, invece, Corte giust. 11 febbraio 1993, cause nn. 159 e 160/1991.

45 Corte giust. 11 dicembre 1997 cit.



Non senza tuttavia la precisazione del valere della menzionata sentenza 11 dicembre 1997 della Corte di Giustizia solo nel senso della disapplicazione delle norme nazionali di diverso tenore, ma non anche ai fini della determinazione in sé della disciplina da applicare alle attività di collocamento da parte dei privati⁴⁶, al di là della successiva normativa nazionale poi notoriamente intervenuta in materia⁴⁷.

7. Il trasferimento di azienda.

In tema di trasferimento di azienda è argomentato acutamente da Giuseppe Santoro-Passarelli che tale fattispecie venga ad essere integrata, ai sensi della disciplina europea⁴⁸ e delle statuizioni della Corte di Giustizia⁴⁹, non già in virtù del mero trasferimento della sola azienda, o di una sua parte, ma piuttosto dell'impresa, intesa come complesso di beni e rapporti giuridici, e comunque di un'impresa ancora in esercizio. Ciò attesa l'inerenza dell'esercizio dell'impresa al momento causale della vicenda traslativa, difatti nel caso riferita -secondo il dettato della direttiva 29 giugno 1998, n. 98/50 e alla luce delle pronunzie della giurisprudenza comunitaria- ad un'entità economica che conserva la sua identità⁵⁰.

È in base a tale ricostruzione della normativa europea che Giuseppe Santoro-Passarelli ritiene che il disposto dell'art. 2112, comma 5, cod. civ. presupponga la definizione dell'impresa quale attività economica organizzata ex art. 2082 cod. civ. e che la vicenda traslativa ivi considerata non sia riducibile né alla sola attività⁵¹, né al solo complesso di beni, giacché a dover risultare è piuttosto, nell'ipotesi, la connessione necessaria della cessione del complesso aziendale (o di una sua parte) unita alla coeva sostituzione del cessionario al cedente nella gestione dell'impresa, e, quindi, anche la continuità dell'impresa⁵².

Con la conseguenza sul piano applicativo che, nel caso di mancato trasferimento dell'impresa e comunque di sua mancata prosecuzione da parte del cessionario, permane *stricto iure* escluso il passaggio dei rapporti di lavoro in capo ad esso cessionario ex art. 2112 cod. civ: che in una tale ipotesi Giuseppe Santoro-Passarelli valuta infatti restare subordinato al necessario consenso dei lavoratori⁵³.

Mentre, per converso, l'operare di un trasferimento d'impresa ex art. 2112 cod. civ. è invece comunque da riconoscersi, ad esempio, nel caso di un licenziamento collettivo posto in essere

46 G. SANTORO-PASSARELLI, *Il difficile adeguamento del diritto interno al diritto comunitario*, cit., p. 327.

47 Cfr. art. 10, d.lgs. n. 469/1997, nonché già art. 1, legge delega n. 59/1997 e, successivamente, decreti legislativi nn. 181/2000, 297/2002 e 276/2003. In argomento, per tutti, P. TULLINI, *I nuovi attori del mercato del lavoro*, in F. Carinci (a cura di), *Il nuovo collocamento*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1998, XXXVI.

48 Cfr. direttiva 29 giugno 1998 n. 98/50, nonché il relativo d.lgs. n. 18/2001 di sua attuazione e già, in precedenza, direttiva 14 febbraio 1977, n. 77/187.

49 V. per tutte Corte giust. 11 marzo 1997, causa 13/95 e Corte giust. 25 gennaio 2001, causa 0712/99.

50 Cfr. art. 1, direttiva n. 98/50 cit.

51 Corte giust. 7 marzo 1996, causa C 171/94.

52 G. SANTORO-PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, cit., p. 578 ss. Diversamente A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, n. 2, p. 587.

53 Ancora G. SANTORO-PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, cit., p. 582.



in via elusiva per interrompere la continuità dei rapporti di lavoro di determinati prestatori successivamente poi riassunti dal nuovo imprenditore subentrante nella conduzione dell'entità aziendale anche al fine del preteso accesso ad eventuali benefici contributivi e incentivi di natura occupazionale (*ex* legge n. 223/1991 e disposizioni collegate). Provvidenze, queste, che infatti nell'ipotesi non risultano spettare in difetto di un reale incremento occupazionale, e comunque al cospetto della continuazione ad ogni effetto dei rapporti di lavoro in capo al cessionario ai sensi dell'art. 2112 cod. civ.⁵⁴.

8. Il contratto di lavoro a tempo determinato.

In relazione al contratto di lavoro a termine, posta la sua regolamentazione in sede europea ai sensi della direttiva 1999/70, che recepisce il testo dell'accordo quadro in materia delle parti sociali europee secondo la cd. tecnica dell'allegato, Giuseppe Santoro-Passarelli⁵⁵ rileva che, alla luce delle previsioni di tale accordo quadro e per quanto affermato anche dalla Corte di Giustizia, il contratto a tempo indeterminato sia riconosciuto quale forma comune dei rapporti di lavoro subordinato⁵⁶.

La stipulazione del contratto di lavoro a termine è in tal senso infatti consentita solo per esigenze temporanee e provvisorie⁵⁷, nonché non permanenti o durevoli, e comunque soltanto per ragioni oggettive, rilevabili in virtù di criteri oggettivi e trasparenti che assicurino il rispetto di tali caratteristiche⁵⁸.

Obiettivo precipuo indicato dall'accordo quadro è l'esclusione dell'eventualità di trattamenti "meno favorevoli" a scapito dei lavoratori a termine, a meno di comprovate ragioni oggettive.

E, appunto in applicazione di un tale principio di non discriminazione, la Corte di Giustizia ha di recente censurato come discriminatoria la normativa italiana in tema di trattamento deteriore dell'anzianità preruolo dei supplenti della scuola⁵⁹.

Mentre la stessa Corte di Giustizia ha invece ritenuto legittima la diversità di trattamento dei lavoratori a termine nella disciplina nazionale sui licenziamenti collettivi⁶⁰.

Ulteriore obiettivo posto dell'accordo quadro è quello di evitare o comunque di eliminare gli abusi. Obiettivo, in particolare perseguito mediante l'imposizione agli Stati membri di almeno una delle seguenti tre misure a limitazione della stipulazione di contratti di lavoro a termine: necessaria giustificazione dei rinnovi in virtù di ragioni oggettive; previsione di una durata massima dei contratti di lavoro a termine; indicazione di un numero massimo di possibili rinnovi⁶¹.

54 V. Cass. n. 4825/2001.

55 Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 1, p.189, nonché, più di recente, Id., *Diritti dei lavoratori e dell'occupazione*, cit., p. 246 ss.

56 Corte giust. 26 novembre 2014, cause riunite C 22/13, C 61/13, C 63/13 e C 418/13.

57 Cfr. la clausola 5, punto 1, lett. a), accordo quadro cit.

58 V. ancora Corte giust. 26 novembre 2014 cit.

59 Corte giust. 17 marzo 2021, causa C 466/17.

60 Corte giust. 17 marzo 2021, causa C 652/19.

61 V. ancora la clausola 5 dell'accordo quadro cit.



Osserva in tal senso Giuseppe Santoro-Passarelli come la direttiva non si interessi del primo contratto, ma più che altro solo di suoi eventuali rinnovi e comunque della reiterazione di rapporti a termine impeditivi di una possibile occupazione stabile.

In ogni caso, permane la discrezionalità degli Stati membri in relazione alla determinazione delle misure funzionali ad evitare abusi secondo le previsioni della normativa europea. Ma, sempre ai sensi delle prescrizioni dell'accordo quadro, senza che in tal senso possa aversi un utilizzo del lavoro a termine in via fungibile rispetto al lavoro a tempo indeterminato⁶², nonché ferma comunque la stessa possibile valutazione dell'idoneità in sé delle misure stabilite da parte degli ordinamenti nazionali per contrastare gli abusi⁶³.

9. La sicurezza sul lavoro.

Riguardo la sicurezza sul lavoro Giuseppe Santoro-Passarelli rileva che con la direttiva quadro 89/391 sia stato superato in ambito europeo l'originario approccio fondato su logiche meramente individuali e risarcitorie, ponendosi le basi per una più moderna concezione della sicurezza sul lavoro in funzione preventiva e collettiva⁶⁴.

Pur a fronte della previsione già in sede di Trattato istitutivo CEE (cfr. art. 118, protocollo allegato) della promozione della collaborazione degli Stati membri in tema di protezione contro gli infortuni, le malattie professionali e di igiene sul lavoro, nonché della prevista promozione del miglioramento "dell'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori" da parte dell'Atto Unico Europeo (così art. 21, che ha introdotto l'art. 118 A, Trattato CEE), infatti, le tutele in materia restavano in concreto assoggettate ai principi mercantilistici, in ragione dell'ostacolo che si reputava potesse essere indotto alla creazione e allo sviluppo delle piccole e medie imprese dall'imposizione di vincoli amministrativi, finanziari e giuridici in proposito.

Onde appunto il mutamento di prospettiva determinato mediante la direttiva 89/391, con l'assunzione del miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori quale obiettivo della UE, senza il condizionamento di valutazioni di carattere puramente economico, e comunque già in sé. Vale a dire, cioè, non solo quando la tutela di siffatti interessi si riveli funzionale o comunque non in divergenza con gli interessi del libero mercato e dell'impresa, nonché, in ogni caso, indipendentemente dal necessario contrasto in concreto di situazioni di dumping sociale eventualmente indotte da diversità di regimi normativi nazionali sempre in tema di sicurezza sul lavoro.

È notevole l'impulso che Giuseppe Santoro-Passarelli rimarca essere stato fornito da siffatta evoluzione in tal senso della normativa europea ad un miglioramento sostanziale della

62 Cfr. Corte giust. 26 novembre 2014 cit. (spec. punto 100), sempre in relazione alle previsioni dell'accordo quadro.

63 Come stabilito ancora da Corte giust. 26 novembre 2014 cit., rilevando la violazione della disciplina UE in ragione della reputata inidoneità delle misure per evitare abusi di cui alla normativa italiana in tema di lavoro a termine per i supplenti della scuola.

64 G. SANTORO-PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, cit., p. 87 ss.; ID., *Diritti dei lavoratori e dell'occupazione* cit., p. 242.



legislazione italiana sulla sicurezza sul lavoro⁶⁵. Ciò, invero, in virtù della recezione dei cennati principi generali UE in tema di prevenzione e dimensione collettiva della protezione del lavoratore⁶⁶ e, quindi, in virtù della progressiva ridefinizione della disciplina nazionale secondo corrispondenti canoni guida di massima, quali, in particolare: evitare i rischi, valutare i rischi che possono essere evitati, combattere i rischi alla fonte, adeguare il lavoro all'uomo, l'istruzione e la formazione adeguate dei lavoratori.

10. La (persistente) inderogabilità della tutela dei diritti fondamentali e della dignità della persona del lavoratore.

Di grande pregio è l'ultimo contributo offerto alla comunità giuslavoristica da Giuseppe Santoro-Passarelli poco tempo prima della sua scomparsa, in occasione della giornata di studio 24 novembre 2022, presso la Sapienza Università di Roma, dedicata alla presentazione della nona edizione del suo manuale e del IV Tomo dei suoi scritti "Realtà e forma nel diritto del lavoro"⁶⁷.

Riprendendo il pensiero di Guido Alpa⁶⁸ e, ancora prima, già di Tullio Ascarelli⁶⁹, ad essere argomentata nella circostanza è una necessaria impostazione da parte del giuslavorista di taglio sì "giuspositivistico", ma al contempo anche "giusrealistico", attesa l'attenzione da doversi prestare al substrato economico e sociale dal quale nascono i rapporti giuridici che è compito del giurista tradurre in forma. Tanto più nell'attuale contesto socioeconomico e geopolitico, nonché al cospetto della generale globalizzazione dei mercati e della conseguentemente indotta competitività delle imprese: le quali, infatti - avverte Giuseppe Santoro-Passarelli ribadendo fondamentali capisaldi dei suoi studi negli anni - «non devono intaccare il valore fondante del nostro ordinamento democratico che la Costituzione ... individua all'art. 1 nel Lavoro e così anche la dignità della persona di chi lavora con o senza vincolo di subordinazione garantita dagli artt. successivi 2, 3, 4, 32, 35».

Senza che in senso diverso possa valere un ipotetico non adeguatamente meditato bilanciamento tra diritti della persona e libertà di impresa.

A parte che, sempre in riferimento all'odierna economia globalizzata, non è dato neanche comprendere se al riguardo sia da procedersi da parte del legislatore europeo oppure di quello nazionale, ad ogni semplicistica ipotesi di bilanciamento di tal genere si è infatti visto opporsi -come rimarcato da Giuseppe Santoro-Passarelli- il disposto dell'art. 41, comma 2 Cost.: che, lungi dal rilevare a sostegno di un supposto bilanciamento "alla pari" della libertà di iniziativa economica con i diritti che attengono alla persona del lavoratore, vale in realtà a far sì che il legislatore sia invece chiamato a stabilire i limiti da apporre ai poteri dell'imprenditore a tutela dei diritti e della dignità della persona del prestatore di lavoro e, quindi, «affinché possa

65 V. ancora G. SANTORO-PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, cit., p. 89.

66 Cfr., spec. d.lgs. n. 81/2008 e disposizioni successive e collegate, nonché le svariate normative settoriali.

67 G. SANTORO-PASSARELLI, *Ringraziamento*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2023, n. 1, p. 1.

68 G. ALPA, *Elogio del prof. Giuseppe Santoro Passarelli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, n. 4, p. 1437.

69 T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Id.*, *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 69.



esistere un'impresa sostenibile che riesca a sopravvivere in un regime di forte competitività senza sacrificare la dignità dei lavoratori»⁷⁰.

Specie giacché, posta la riduzione dei costi, e quindi in primo luogo anche proprio del costo del lavoro, imposta dalla globalizzazione dei mercati alle imprese per restare competitive, un non adeguatamente meditato bilanciamento tra diritti della persona e libertà di impresa importerebbe il rischio inevitabile di una riduzione delle tutele per il prestatore parte debole del rapporto di lavoro. Ciò, peraltro, anche a scapito degli stessi diritti fondamentali e della dignità della persona del lavoratore, l'effettività della cui protezione permane invece giammai revocabile in discussione ai sensi della nostra Carta costituzionale.

Onde, in relazione alla nostra materia, il conclusivo ribadito fermo richiamo di Giuseppe Santoro-Passarelli al tuttora necessario ricorso "sia pure temperato" alla tecnica della norma inderogabile: a presidio di tali ineludibili valori primari e, quindi, a quella che egli sostiene essere la stessa «ragione d'essere della nostra disciplina, e cioè la tutela della parte debole del rapporto di lavoro»⁷¹.

70 G. SANTORO-PASSARELLI, *Ringraziamento*, cit., p. 4.

71 Ancora G. SANTORO-PASSARELLI, *Ringraziamento*, cit., p. 5.



LA CERTIFICAZIONE DOPO VENT'ANNI, TRA PROBLEMI IRRISOLTI E POTENZIALITÀ INESPRESSE

Antonio Leonardo Fraioli

Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Abstract: il saggio analizza l'istituto della certificazione a vent'anni dalla sua introduzione, prendendo in esame le sue diverse caratteristiche e funzioni, dall'idea di derogabilità assistita, alla certificazione-qualificazione del contratto e delle singole clausole, all'attività di assistenza e consulenza. Vengono esaminati i problemi dell'efficacia della certificazione ed i rimedi esperibili nei confronti della stessa. Infine il saggio affronta il delicato problema della certificazione obbligatoria per gli ambienti confinati e/o sospetti di inquinamento. Si conclude che la certificazione ha ancora potenzialità inespresse, nell'ottica di offrire una protezione sempre più concreta al lavoratore.

Abstract: the essay analyzes the labour law certification twenty years after its introduction, examining its different characteristics and functions, from the idea of assisted derogation, to the certification-qualification of the contract and of the individual clauses, to the assistance and advice activities. The study examines the problems of the effectiveness of the certification and the remedies available for it. Finally, the essay analyzes the delicate problem of mandatory certification for confined and/or suspected pollution environments. The Author concludes that certification still has unexpressed potential, in order to offer a growing concrete protection to the worker.

SOMMARIO: 1. L'introduzione della certificazione nell'ordinamento giuridico. - 2. Il modello non attuato della c.d. volontà assistita. - 3. La certificazione del contratto di lavoro e delle singole clausole: verso la derogabilità assistita? - 4. Certificazione e giurisdizione. - 4.1. *Segue:* L'efficacia della certificazione. - 5. I rimedi esperibili nei confronti della certificazione. - 6. La certificazione dell'appalto. - 7. La certificazione obbligatoria per gli ambienti confinati e/o sospetti di inquinamento. - 8. Conclusioni.

1. L'introduzione della certificazione nell'ordinamento giuridico.

L'istituto della certificazione viene introdotto nel nostro ordinamento dagli artt. 75 e ss. del d. lgs. n. 276/2003, in attuazione dell'art. 5 della legge delega n. 30/2003, per essere subito modificato dal c.d. decreto correttivo d. lgs. n. 251/2004 e poi dalla legge n. 183/2010 (Collegato Lavoro).



Il legislatore codifica un modello preciso di certificazione e cioè la certificazione-qualificazione, anche se poi, come vedremo, verrà utilizzata dal legislatore anche quale strumento di assistenza per il conseguimento di atti giuridici¹.

Il legislatore rinuncia quindi alla codificazione del più ambizioso e dirompente modello di certificazione della c.d. derogabilità assistita, proposto dalla dottrina e fatto proprio dal Libro Bianco del 2011 sul mercato del lavoro².

Per una parte rilevante della dottrina, l'istituto della certificazione, e quindi il suo problema originario teorico-concettuale, sarebbe *incompatibile* con il *proprium* del diritto del lavoro³; in particolare, stando alla critica più fondata, si allude al processo di qualificazione da parte della commissione che necessariamente riguarda il momento contrattuale, mentre come noto nel diritto del lavoro vige il principio di effettività per cui il giudice, nel momento qualificatorio, attribuisce rilevanza unicamente alle modalità esecutive del rapporto. Ed invero, proprio in tema di interpretazione del contratto, mentre ai civilisti basterebbe, per così dire, il 1° comma dell'art. 1362 c.c. («*Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole*») ed infatti si chiedono quale sia il senso del 2° comma dell'art. 1362 c.c. («*Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*»), i lavoristi si interrogano sulla rilevanza della volontà espressa nel contratto, essendo del tutto assorbente il momento esecutivo⁴.

A prescindere in questa sede dai rimedi contro la certificazione, va rilevato che la fase esecutiva, in sede di certificazione, ha una sua rilevanza solo in ipotesi di contratti già in essere, sulla base delle dichiarazioni delle parti nel corso della loro audizione da parte della commissione. D'altra parte va messo in evidenza come sia insita nella certificazione una qualificazione *ex ante* (diversamente dalla qualificazione giudiziale che è sempre *ex post*), ciò che può essere considerato il peccato originario della stessa, posto che la certificazione, per la sua finalità deflattiva del contenzioso, non potrà che essere preventiva. Per comprendere

1 Uno dei primi a trattare il tema della volontà assistita è stato A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, VI, pp. 479 ss.; successivamente, sull'introduzione della certificazione, tra i molti, si veda V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *Lavoro e dir.*, 2006, II-III; M.T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, in *Dir. pratica del lav.*, 2009, XXII, p. 1269; M.G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006; G. PERONE, *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d. lgs. n. 276/2003*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I-II; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI-P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2005.

2 Su tutti si veda A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, 2004; ID., *La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2003, III, pp. 191 ss.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Introduzione, Le nuove leggi del lavoro*, Giappichelli, 2004, IX ss.

3 Si veda per tutti E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2004, p. 543 ss.

4 Si veda P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2000, I, pp. 292 ss.



appieno la natura della certificazione, si deve poi considerare il contesto normativo nel quale venne introdotta oltre vent'anni fa, un contesto, quello di cui alla riforma del d. lgs. n. 276/2003, che vedeva l'introduzione di molteplici tipologie contrattuali lavoristiche c.d. flessibili; in particolare veniva introdotta la tipologia contrattuale più complessa e difficile dal punto di vista qualificatorio, quale quella del lavoro a progetto.

In tale prospettiva, nell'ambito di una proliferazione per così dire di tipologie contrattuali veniva previsto un istituto, la certificazione appunto, volto a ridurre l'incertezza qualificatoria che una tale pluralità di tipologie poteva comportare.

2. Il modello non attuato della c.d. volontà assistita.

L'esigenza del modello della c.d. volontà assistita era quello di allentare la rigidità della disciplina lavoristica, come noto improntata alla inderogabilità *in pejus* da parte dell'autonomia contrattuale individuale; si immaginava, invero, che con l'assistenza di un organo terzo ed imparziale che informasse il lavoratore e superasse per tale via le c.d. asimmetrie contrattuali, si potesse pervenire - non alla qualificazione di una fattispecie - ma alla costituzione di un regolamento contrattuale anche in deroga alla normativa legale e contrattuale collettiva⁵.

In particolare, come recita il Libro Bianco del 2001, la certificazione doveva costituire una derogabilità assistita nell'ambito di una riforma finalizzata a ridefinire «*il rapporto tra momento collettivo ed individuale nella regolazione del rapporto di lavoro ... per rispondere alle attese di flessibilità delle imprese, ma anche alle nuove soggettività dei prestatori di lavoro*».

E come ricorda un'attenta dottrina, si tratterebbe di «*autorizzare il sindacato ad assistere la volontà individuale del lavoratore non solo come già previsto (art. 2113 c.c.) nella fase di disposizione di diritti già maturati, ma anche nella fase di costituzione ex ante di una disciplina specifica adeguata al singolo rapporto di lavoro con possibilità di deroga, entro limiti predeterminati, ai precetti imperativi*»⁶.

⁵ Si veda in generale A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit.; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007; P. ALLEVA - A. ANDREONI - V. ANGIOLINI - F. COCCIA - G. NACCARI, *La delega al Governo per il mercato del lavoro: un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, AA.VV., *Lavoro: ritorno al passato*, Ediesse, 2002; A. TURSI, *La volontà assistita nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Dir. relazioni ind.*, 2004, II, pp. 247 ss.; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro: norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009; F. LAMBERTI, *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore: percorsi e prospettive tra inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Jovene, 2020; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 341 ss.

⁶ A. VALLEBONA, *La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, cit., pp. 191 ss. Altri hanno edulcorato tale tesi sostenendo che, accanto ad un nucleo di inderogabilità assoluta dovrebbe affiancarsi la c.d. "inderogabilità relativa" disponibile tramite l'assistenza di un organo amministrativo o sindacale, si veda A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT*, 19/2004, il quale ricorda come già nella prima iniziativa legislativa in materia (cd. "bozza Biagi" del 1998) si parlava dell'inderogabilità relativa delle norme lavoristiche, intesa quale strumento di flessibilizzazione delle fonti del diritto del lavoro e quindi non solo come derogabilità delle norme legali e contrattuali



Si tratta, come evidente, della rottura con la sperimentata tecnica normativa della c.d. flessibilità collettiva che aveva consentito, nel tempo, di adeguare la normativa lavoristica alle nuove esigenze scaturenti dai mutamenti economici ed organizzativi sottostanti⁷.

È noto come la dottrina dominante, sulla scorta della disciplina positiva dell'istituto della certificazione, nega che sia stato introdotto nell'ordinamento giuridico il modello della c.d. derogabilità assistita, concludendo per l'introduzione della certificazione-qualificazione del contratto di lavoro, con effetti deflattivi.

In realtà, sin dal momento della sua introduzione, il legislatore attribuisce all'istituto della certificazione una duplicità di funzioni ambedue mantenute ed ampliate nel corso del tempo: quella volta alla qualificazione giuridica del regolamento contrattuale posto in essere dalle parti, in funzione deflattiva, in via preventiva del contenzioso sulla qualificazione (funzione poi ampliata con la legge n. 183/2010); e quella di assistenza alle parti (*id est*: lavoratore) nella conclusione di un determinato atto giuridico, che alle origini era assistenza alla volontà delle parti e che nel corso del tempo si è meglio specificata (attualmente ad es. clausola compromissoria, clausola elastica nel *part time*, certificazione negativa dell'eteroorganizzazione nelle collaborazioni coordinate e continuative, patto di demansionamento/modifica *in pejus* delle mansioni, certificazione di rinunzie e transazioni).

L'attuale formulazione dell'articolato normativo si deve al *restyling* della certificazione ad opera della legge n. 183/2010 (c.d. Collegato Lavoro) che ha ampliato l'ambito oggettivo dell'istituto, che diventa di più difficile inquadramento concettuale; ed infatti l'art. 75 del d. lgs. n. 276/2003, nell'attuale formulazione, individua la finalità della certificazione nella riduzione del contenzioso "*in materia di lavoro*", con una formula vaga e poco rigorosa, ricomprendendo quindi un qualsiasi contratto «*in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro*»⁸.

collettive ad opera della contrattazione individuale "assistita", ma anche come derogabilità delle norme legali da parte della contrattazione collettiva.

⁷ Molteplici critiche sono state mosse a tale teoria; tra le altre si riteneva che per tale via la funzione sindacale sarebbe stata ridotta a "ruolo ancillare dell'autonomia individuale" chiamando i sindacati a non svolgere più il loro tradizionale compito di "portatori di interessi collettivi". In tale prospettiva la flessibilizzazione della norma inderogabile (con l'asse norma inderogabile/giudice) non potrebbe essere rimessa alla volontà del lavoratore con l'ausilio di un soggetto terzo, ma dovrebbe essere effettuata dalla legge o, su delega della legge, dalla contrattazione collettiva in una logica di ponderazione delle varie istanze pubbliche e superindividuali, sul modello dell'art. 2113, 4° comma, c.c. In tal senso si veda P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. giu. Lav.*, I, 4, pp. 887 ss.

⁸ V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *Dir. lav. merc.* 2010, pp. 139 ss.; A. D'ALELIO, *Le novità del collegato lavoro sulla certificazione dei contratti*, in *Dir. lav.*, 2011, pp. 1 ss.; L. NOGLER, *Art. 30 - Clausole generali e certificazioni del contratto di lavoro*, in M. MARINELLI-L. NOGLER (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010 n. 183*, Utet, 2012; F. PASQUINI-M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (L. 183 del 2010)*, Sole 24 ore, Milano, 2011.



Nella sua originaria versione l'art. 75 faceva invece riferimento alla riduzione del contenzioso «*in materia di qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto di cui al presente decreto, nonché dei contratti di associazione in partecipazione di cui agli articoli 2549-2554 del codice civile*»; a seguito della modifica di cui al d. lgs. n. 251/2004, c.d. decreto correttivo, si ampliava il riferimento a tutte le tipologie contrattuali di lavoro con l'espressione «*in materia di qualificazione dei contratti di lavoro*».

3. La certificazione del contratto di lavoro e delle singole clausole: verso la derogabilità assistita?

Il riferimento contenuto nell'art. 75 citato, ai rapporti in cui anche *indirettamente* sia dedotta una prestazione di lavoro, verosimilmente pensata in origine per la somministrazione, secondo una parte della dottrina⁹ aprirebbe le porte della certificazione ai contratti di impresa e commerciali, quali ad esempio l'agenzia, il trasporto, il franchising, l'appalto e il subappalto, la subfornitura, la cessione del ramo di azienda, e quindi non sarebbe riferita ai soli rapporti di lavoro in senso stretto.

In realtà è lecito nutrire dubbi sulla capacità della commissione di certificazione (conoscendo l'effettiva sua composizione nelle esperienze note) a conoscere e qualificare, in assenza tra l'altro di poteri istruttori, moduli negoziali che non si limitano alla valutazione della volontà delle parti (*id est*: lavoratore).

Resta da chiarire il tentativo legislativo volto, ambiguamente, a vincolare il giudice alla certificazione del contratto di lavoro, compresa l'interpretazione delle relative clausole (art. 30, comma 2, legge n. 183/2010) nonché, in sede di valutazione delle motivazioni poste a base del licenziamento, alle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo presenti nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazioni («*il giudice tiene conto...*», art. 30, comma 3, legge n. 183/2010).

Tale tentativo legislativo è stato depotenziato della sua teorica dirompenza dalla dottrina maggioritaria con argomentazioni comunque condivisibili¹⁰.

A tal riguardo è sufficiente ribadire come anche in presenza di una certificazione del contratto, le parti individuali devono determinare il contenuto dello stesso nel rispetto della normativa di legge e di contratto collettivo inderogabili e quindi non possono essere certificate clausole *contra legem*.

Anche le ipotesi di giusta causa e giustificato motivo tipizzate nei contratti individuali certificati non sono vincolanti per il giudice, secondo i consueti principi lavoristici, nel senso che non sono idonee ad escludere dalla rilevanza della giusta causa o del giustificato motivo comportamenti non previsti dal contratto stesso, né ad escludere il potere del giudice di

9 M. MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, in *Arg. Dir. lav.*, 2011, pp. 61 ss.

10 Tra i molti, si veda C. A. NICOLINI, *Certificazione dei contratti e contenzioso nel "Collegato lavoro"*, in *Riv. lav. nella giur.*, IV, pp. 350 ss.; M. CORTI, *Il c.d. collegato lavoro: clausole generali, certificazione, conciliazione e arbitrato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 1.



verificare la proporzionalità del licenziamento e quindi tali tipizzazioni individuali certificate integrano (solo) un importante elemento di valutazione ai fini del complessivo giudizio sulla fattispecie¹¹. Si pensi alla certificazione della tipizzazione del ritardo di pochi minuti quale giusta causa di licenziamento, che si porrebbe in contrasto con l'art. 2119 c.c. (nozione legale di giusta causa) e con l'art. 2106 c.c. (principio di proporzionalità).

Come già ricordato, l'innovazione legislativa sarebbe dirimente se si dovesse ritenere di imporre al giudice, *sic et simpliciter*, scelte pattizie, sia pure certificate, sicché con l'opinione dominante va avvalorata la lettura secondo cui tali tipizzazioni costituiscono solo un elemento di convincimento per il giudice, dovendo tutt'al più motivare il suo discostamento.

In caso contrario si avrebbe un'alterazione nella gerarchia delle fonti e l'introduzione del ricordato modello della c.d. derogabilità assistita.

Un altro rilevante problema conseguente all'ampliamento dell'oggetto della certificazione è quello della resistenza in giudizio delle singole clausole certificate del contratto individuale di lavoro che, come si è già detto, sarebbe possibile a fronte della nuova formulazione dell'art. 75 citato. Una parte della dottrina è propensa a credere che, mancando uno specifico rimedio per "giustiziare" l'illegittimità di tali clausole, queste confermerebbero la loro intrinseca legittimità in quanto abilitate a derogare al precetto legale¹². Ed invero va ricordato come i rimedi avverso la certificazione, vengono previsti testualmente, a livello di disciplina positiva, solo dall'art. 80 del d. lgs. n. 276/2003 ed essi sono sintonici con la certificazione/qualificazione: non è infatti prevista la violazione e/o falsa applicazione della norma imperativa.

Cionondimeno ad una complessiva valutazione dell'istituto della certificazione, nonché dei principi generali, sulla scia di una parte della dottrina¹³, si deve ritenere come anche la violazione o falsa applicazione della norma imperativa sia riconducibile all'ambito operativo dell'art. 80 citato, sul presupposto che l'attività di qualificazione è molto ampia e non limitata alla questione della riconduzione di un rapporto entro le categorie alternative della subordinazione o dell'autonomia, ma è estesa ad ogni questione relativa alla sussistenza di una fattispecie giuridica.

11 In tal senso si veda M. TIRABOSCHI, *La matrice riformista del collegato lavoro*, in *Giur. lav.*, XLII, p. 11; V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro"*, *Biblioteca '20 Maggio' - 1/2011*, pp. 93 ss.; L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 111/2010, p. 14. *Contra*, ma non condivisibilmente, si veda M. MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, *cit.*, p. 66, per il quale la norma avrebbe valenza derogatoria e quindi il giudice non potrebbe sindacare il merito delle tipizzazioni. Secondo G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2010, II, 1, p. 244, il giudice potrà non tener conto delle espressioni delle parti ma avrà l'onere di motivare adeguatamente tale discostamento, c.d. motivazione rafforzata.

12 In tal senso M. MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, *cit.*, 2011, pp. 61 ss.; *contra* il resto della dottrina, si vedano per tutti M. TIRABOSCHI, *La matrice riformista del collegato lavoro*, in *giur. lav.*, XLII, p. 11; V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro"*, *Biblioteca '20 Maggio' - 1/2011*, pp. 93 ss.

13 L. NOGLER, *Art. 30 cit.*, pp. 253 ss.



Quindi, secondo quanto si è detto, in ogni caso le singole clausole del contratto individuale di lavoro devono essere conformi alla legge e alla contrattazione collettiva (inderogabili) ed ogni loro violazione sarà giustiziabile con i rimedi di cui all'art. 80 citato, pena l'incostituzionalità di tale certificazione per contrasto con gli artt. 24 e 102 Cost.

Si è detto sin qui come l'istituto della certificazione, anche con riferimento a singole clausole del contratto, si mantiene, per opinione pressoché unanime, nell'ambito del perimetro della inderogabilità lavoristica.

Tuttavia, è sicuramente da rilevare come, da ultimo, il legislatore, non consapevole degli effetti del suo intervento, è venuto a configurare nell'ambito dell'ordinamento quello che può essere definito un frammento di c.d. derogabilità assistita e ciò con riferimento all'ipotesi del c.d. demansionamento consensuale (art. 2103, 6° comma, c.c.). Come noto, si tratta della certificazione di accordi individuali attraverso cui le parti del contratto di lavoro, decidono «*la modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione*» nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità, o al miglioramento delle condizioni di vita.

In queste ipotesi, i patti modificativi delle mansioni possono essere stipulati in sede protetta ai sensi dell'art. 2113, 4° comma, c.c., ovvero innanzi alle commissioni di certificazione, con l'assistenza o di un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato o da un avvocato, ovvero da un consulente del lavoro.

A tal riguardo va rilevato come la norma di cui all'art. 2103 c.c. continua ad essere inderogabile in via generale e dunque il c.d. patto di demansionamento può bene essere considerato un frammento di c.d. derogabilità assistita, nel nostro caso attraverso l'istituto della certificazione.

4. Certificazione e giurisdizione.

Anzitutto va ricordato come non sia possibile alcuna assimilazione tra certificazione e giurisdizione, anche se di fatto il certificatore, per certi versi, si comporta come un giudice, nel senso che, seppur con diversi e limitati poteri, procede all'operazione di qualificazione del regolamento contrattuale.

La certificazione, invero, non può mai essere configurata alla stregua di un accertamento giurisdizionale, essendo priva dell'attitudine a diventare incontrovertibile (cosa giudicata materiale) perché, appunto, non è svolta da un giudice in un processo, nel contraddittorio tra le parti.

La commissione di certificazione, poi, come si è ricordato, non ha i poteri istruttori tipici del giudice e quindi il suo accertamento sarà limitato all'esame dei documenti prodotti dalle parti e all'audizione delle parti stesse¹⁴.

¹⁴ In senso concorde si veda B. GRANDI, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, in *Dir. rel. ind.*, II, p. 6; G. DONDI, *Le procedure di certificazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto e rapporto di lavoro*, in F. CARINCI-M. PERSIANI (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, p. 136; *contra* M. BARBERIO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto*,



Dal punto di vista strutturale, la certificazione mette capo ad un atto amministrativo riconducibile all'attività di certazione dei rapporti privati¹⁵ con lo scopo di conferire loro certezza pubblica (art. 80, 5° comma) e ha l'attitudine a creare tale certezza in ordine ad una determinata qualificazione di un regolamento posto in essere dalle parti, ovvero in ordine alla conformità di una clausola contrattuale rispetto all'ordinamento giuridico, sino al diverso, eventuale, accertamento giudiziale.

Insomma, la certificazione, che quindi ha un'efficacia giuridica c.d. *stand by*, non può comunque impedire, pena la sua incostituzionalità per contrarietà agli artt. 24 e 102 della Costituzione, l'accesso alla giurisdizione¹⁶.

Né la certificazione vincola il giudice in quanto essa può costituire solo uno degli elementi sui quali si forma il suo libero convincimento. È solo e sempre il giudice ad avere l'esclusiva competenza in merito alla determinazione della natura giuridica dei rapporti di lavoro¹⁷ ed in nessun caso, dunque, il legislatore potrebbe autorizzare gli organismi sindacali o amministrativi a svolgere detta funzione, essendo solo il giudice l'organo a tal fine competente.

Dallo scrutinio della giurisprudenza, emerge un esiguo numero di contratti certificati oggetto di impugnazione giudiziale, e ciò può essere considerato un elemento di conferma circa il raggiungimento del fine deflattivo dell'istituto della certificazione; va anche sottolineato come, in concreto, la tenuta della certificazione si basa tutto sull'autorevolezza della commissione di certificazione¹⁸.

4.1. *Segue: L'efficacia della certificazione.*

L'atto di certificazione, come detto, possiede la forza giuridica della certezza pubblica che deve essere assunta da tutti, non solo dalle parti, ma anche dai terzi portatori di autonomi interessi alla corretta qualificazione come conforme all'ordinamento, sino a quando non si pronunzi eventualmente un giudice.

Tuttavia, a tal riguardo, non può non essere sollevata una questione che a nostro avviso risulta centrale in tema di efficacia dell'istituto della certificazione. Si tratta, insomma, di capire quale sia la relazione tra gli adempimenti di cui all'art. 78, comma 1, lettera "d" del d. lgs. n. 276/2003 che, con un'espressione non del tutto chiara, prevede che «*l'atto di certificazione deve*

Giappichelli, 2023, p. 263, per la quale la Commissione dovrebbe addirittura visitare i locali in cui ad esempio si svolge l'appalto.

15 Si veda per tutti O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, IV ed., 2011, pp. 69 ss.

16 In dottrina, si veda G. PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in *La Certificazione dei contratti di lavoro*, G. PERONE-A. VALLEBONA (a cura di), *Le nuove leggi del Lavoro*, Giappichelli, 2004, pp. 408 ss., per il quale, non essendo l'atto di certificazione incontrovertibile, l'utilità ed efficacia della certificazione si deve trovare nell'autorevolezza degli organi imparziali di certificazione, avendo il legislatore riconosciuto in loro doti di approfondita conoscenza dell'ambiente sociale nel quale si inscrivono i rapporti certificati, di esperienza del loro controllo amministrativo e del loro studio scientifico, oltre alla persuasività dei loro provvedimenti.

17 Corte cost. n. 121/1993 e n. 115/1994.

18 Si veda sempre G. PERONE, *Certificazione*, cit., p. 408.



contenere esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione», con la successiva disposizione dell'art. 79 che prevede come «gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari» In concreto, dall'esperienza positiva emerge come le parti istanti richiedano la certificazione indistintamente ai fini di tutti gli effetti sopra indicati, così che il provvedimento certificatorio produrrà effetti con riferimento a ciascuno di tali ambiti.

Tuttavia, a livello teorico, il problema si pone e non è di poco conto, perché incide sull'efficacia della certificazione; se invero le parti, nell'istanza di certificazione, non indicassero ad esempio di voler certificare anche agli effetti previdenziali, la certificazione del contratto non sarebbe opponibile agli enti previdenziali e così lo stesso per gli effetti, civili, amministrativi e fiscali.

Ed invero, parte della dottrina rileva chiaramente l'inefficacia della certificazione nei confronti dell'ente previdenziale, in assenza di richiesta a tal fine in sede di istanza di certificazione¹⁹.

Sicuramente, se tali conclusioni sono plausibili, non si comprende fino in fondo la *ratio* del citato disposto normativo, posto che l'efficacia della certificazione verrebbe ancor più ridotta e rimessa interamente alla volontà delle parti, anche su questioni che però mantengono una rilevanza pubblicistica, quali gli effetti previdenziali, amministrativi e fiscali.

D'altro canto, se è vero che l'ordinamento giuridico prevede la rilevanza a diversi fini di una nozione (ad esempio la retribuzione come corrispettivo del sinallagma contrattuale e la retribuzione rilevante a fini previdenziali) non è superfluo ricordare che comunque la *ratio* dell'art. 75 è la riduzione del contenzioso "in materia di lavoro", formula che ricomprende sicuramente la certificazione-qualificazione del rapporto di lavoro, cui conseguono diversi effetti ordinamentali in materia amministrativa, previdenziale, fiscale.

Ed in tale prospettiva, come ricordato, depone la prassi applicativa, per la quale la definizione per così dire lavoristica (effetti civili) è richiesta unitamente agli altri effetti amministrativi, previdenziali e fiscali.

A tal riguardo non è superfluo ricordare, quale ennesimo esempio di una sostanziale opacità dell'istituto certificazione per come è stato costruito nel tempo, come fino a qualche anno fa, anche in presenza della richiesta delle parti in ordine alla rilevanza della certificazione a fini fiscali, l'Amministrazione finanziaria ignorava del tutto l'avvenuta certificazione del contratto di appalto, esercitando la propria potestà impositiva.

A partire però dalla pronuncia della Commissione tributaria regionale dell'Emilia Romagna del 25.3.2019, n. 639 si è stabilito che l'Amministrazione finanziaria non possa recuperare l'IVA inerente ad una pretesa falsa fatturazione di appalti fittizi ma certificati,

19 A. ANDREONI- L. FASSINA- F. FONSO, *Osservazioni sulle funzioni della commissione di certificazione*, www.cgil.it/giuridico.

dovento, secondo le regole in materia di certificazione, essere impugnata giudizialmente la certificazione²⁰.

Insomma, si vuole evidenziare come nella prassi applicativa i vari enti pubblici non hanno dato rilievo alla volontà delle parti espressa nell'istanza di certificazione, in ordine agli effetti da conseguire.

Diverso è il discorso relativo al profilo penale, non citato dall'art. 78, comma 1, lettera "d", e rispetto al quale la certificazione non rileva: si pensi all'ipotesi di somministrazione fraudolenta, rispetto alla quale la certificazione non avrà effetti preclusivi in merito alla qualificazione della condotta penalmente rilevante.

Allo stato della normativa, concludendo su una materia spinosa, l'utilità della certificazione risiede quindi nella sua forza di cristallizzare la qualificazione giuridica data dalla commissione, sino ad un'eventuale sentenza che accerti una diversa qualificazione nei confronti delle parti e dei terzi che sono stati parti del procedimento (ai sensi dell'art. 78 citato), quali il Ministero del Lavoro, l'INPS, l'INAIL, l'Agenzia delle Entrate, cioè di tutti quei terzi che potrebbero vantare delle pretese derivanti da una diversa qualificazione del rapporto²¹.

Pertanto occorre a questo punto ritenere che la formula lapidaria di cui all'art. 79 secondo cui la certificazione è efficace nei confronti delle parti e dei terzi, vada ulteriormente specificata e forse chiarita, nel senso che tale effetto si produce, con la conseguente paralisi della pretesa impositiva, in senso relativo e cioè solo con riferimento agli effetti richiesti dalle parti nell'istanza di attivazione del procedimento di certificazione.

Con riferimento a tale richiesta, la forza giuridica della certezza pubblica fornita dalla certificazione è massima nei confronti degli enti previdenziali e fiscali e degli stessi organi di vigilanza del Ministero del lavoro, i quali devono sobbarcarsi l'onere di un giudizio di impugnazione per l'emanazione di provvedimenti esecutivi volti alla riscossione dei

20 Di senso contrario era stata la sentenza di primo grado della Commissione tributaria di Modena, sentenza n. 275 del 7.5.2018, che aveva invece ritenuto di poter *incidenter tantum* operare una valutazione sul rapporto sottoposto al suo esame.

21 L'utilità della certificazione, a pochi anni dalla sua introduzione, emergeva anche dalla c.d. Direttiva Sacconi del 18.9.2008, cui si sono conformati gli enti, la quale, nel dettare gli indirizzi operativi, prescriveva che l'accertamento ispettivo dovesse concentrarsi esclusivamente sui contratti di collaborazione coordinata e continuativa che non fossero stati già sottoposti al vaglio delle commissioni di certificazione, salvo che si evincesse con evidenza immediata e non controvertibile la palese incongruenza tra quanto certificato e le modalità concrete di svolgimento del rapporto e fatta salva la segnalazione da parte del lavoratore. Successivamente, in tale ambito è intervenuta la circolare del Ministero del lavoro n. 9 del 1.6.2018 che ha cercato di fare chiarezza, distinguendo tra attività ispettive iniziate dopo l'istanza di certificazione ma prima del provvedimento ed attività ispettive iniziate prima ancora dell'istanza. In entrambi i casi gli ispettori dovranno comunicare alla commissione la pendenza di accertamenti ispettivi, al fine di far sospendere l'iter certificatorio sino ad ispezione terminata. In dottrina si veda M. TIRABOSCHI, *Ispezioni sul lavoro: la direttiva del Ministero*, in *Giur. lav.*, 2008, n. 38, pp. 12 ss.

contributi o delle sanzioni e comunque per l'imposizione di atti amministrativi²². I poteri di accertamento e di vigilanza degli enti restano fermi, ma è appunto inibito loro di adottare i relativi provvedimenti impositivi²³.

In ogni caso, qualora le parti abbiano richiesto la certificazione anche a fini previdenziali, amministrativi e fiscali, si ritiene che l'istituto della certificazione abbia incrinato quella tutela processuale speciale che, risalentemente, l'ordinamento ha concesso agli enti pubblici per assicurare il rapido recupero dei crediti contributivi. E cioè, a differenza di quanto accade nel diritto processuale dove il titolo esecutivo (salvo i titoli stragiudiziali di cui all'art. 474 c.p.c.) consacra un accertamento (sulla ricorrenza del credito) compiuto con la garanzia del contraddittorio, per gli enti pubblici l'azione esecutiva si realizza sulla base di un titolo esecutivo che è formato stragiudizialmente *ex ante* dallo stesso ente (accertamento ispettivo, verbali ispettivi, ordinanze impositive) che solo nell'ambito del giudizio di opposizione all'ordinanza ingiunzione o alla cartella esattoriale costituirà oggetto di accertamento giudiziale.

Nel caso di contratto certificato, invece, tali enti pubblici, per procedere esecutivamente dovranno essere in possesso di un titolo giudiziale, alla stregua di una normale parte processuale.

5. I rimedi esperibili nei confronti della certificazione.

L'art. 80 del d. lgs. n. 276/2003 prevede che l'atto di certificazione possa essere impugnato innanzi al giudice del lavoro per erronea qualificazione del contratto, per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione (c.d. difformità attuativa), per i vizi del consenso, ovvero innanzi al giudice amministrativo per violazione del procedimento o per eccesso di potere²⁴.

22 Si veda L. NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, n. 3, pp. 110 ss.; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO-M. RUSCIANO-L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Napoli, 2004, p. 290; P. RAUSEI, *Certificazione dei contratti di lavoro, indagine ispettiva e sistema sanzionatorio*, in *Dir. e prat. lav.*, 2006, XLII, p. 2369; *contra*, ma apoditticamente, M.G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 600; E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, cit., in *Riv. giur. lav.*, I, p. 543.

23 Critico su tale forza della certificazione è L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, *Prev. Ass. pubbl. priv.*, 2004, 2, pp. 385 ss.

24 Sul tema delle impugnazioni della certificazione, si veda S. VISONÀ, *Il controllo giurisdizionale della certificazione*, in S. CIUCCIOVINO (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro, Problemi e questioni aperte*, Giappichelli, 2014, pp. 65 ss.; A. PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo del giudice*, in A. PERULLI-L. FIORILLO (a cura di), *La riforma del lavoro*, 2014, IV, pp. 274 ss.



Anche nell'imprecisione della legge - per alcuni si tratta di un vero e proprio errore tecnico del legislatore²⁵ - l'oggetto del giudizio innanzi al giudice del lavoro è il contratto certificato e non il provvedimento di certificazione e cioè l'oggetto del giudizio è sempre la corretta qualificazione, originaria o sopravvenuta, del contratto di lavoro.

Come noto, il giudice del lavoro non potrebbe annullare un atto amministrativo ma può procedere alla disapplicazione dello stesso e successivamente accertare la corretta qualificazione del rapporto di lavoro²⁶.

L'erronea qualificazione potrà riguardare sia errori di fatto che errori di diritto commessi dalla Commissione, la quale sarà responsabile solo in caso di dolo o colpa grave, essendo il procedimento qualificatorio un atto complesso, in presenza di indici qualificatori non sempre univoci, anche in assenza dell'emanazione da parte del Ministero dei famosi codici di buone pratiche²⁷.

Il vizio della difformità attuativa si verifica, invece, quando le modalità concrete di svolgimento del rapporto contrastano con la volontà espressa nel regolamento contrattuale ed è ciò che caratterizza la gran parte delle impugnazioni giudiziali. Tale circostanza, tra l'altro, dimostra la già ricordata debolezza originaria della certificazione che non può che avvenire *ex ante* con riferimento al contratto e senza alcuna considerazione del momento esecutivo dello stesso²⁸.

L'impugnazione dei vizi del consenso riguarda le parti contrattuali e si riverbera sulla certificazione²⁹: si tratta dell'ipotesi di impugnazione di diritto comune, che sarebbe sempre

25 E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. e pratica lav.*, VIII, pp. 530 ss.

26 In dottrina V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75-84*, in V. SPEZIALE-F. LUNARDON-P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, IV, Ipsoa, 2004, p. 192. *Contra* si veda L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 8/2003, pp. 233 ss. In giurisprudenza si veda Tribunale di Milano 5.3.2013 e 8.4.2013 secondo i quali, in un caso di certificazione della clausola del termine apposta al contratto di lavoro, il provvedimento di certificazione dovrebbe essere impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale competente.

27 V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, cit., p. 383; P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-A. MARESCA, *La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali. Le fonti del diritto italiano*, I, Giuffrè, 2013, p. 1433; P. TULLINI, *Commento agli artt. 76-80*, in E. GRAGNOLI-A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, p. 855.

28 A. VALLEBONA, *La conversione legale automatica dei contratti di lavoro atipici invalidi non è costituzionalmente necessitata*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, III, pp. 835 ss. In questo caso la Commissione non avrà responsabilità se ha proceduto alla corretta qualificazione del contratto e non avrà alcun potere con riferimento a difformi attuazioni del rapporto, sia che esse siano concordate da entrambe le parti (c.d. novazione oggettiva), ovvero imposte dal datore di lavoro: in questo caso la Commissione ha certificato un contratto diverso da quello posto in essere tra le parti.

29 Sul problema se i vizi riguardino il contratto, il provvedimento, ovvero il procedimento certificatorio si veda L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 253,



possibile, anche in assenza di specifica previsione nell'articolato normativo della certificazione.

Anche il riferimento alla possibilità di ricorrere innanzi al giudice amministrativo per violazione del procedimento o per eccesso di potere risulta ultroneo, poiché il provvedimento di certificazione, essendo un atto amministrativo, potrà sempre essere oggetto di impugnazione innanzi ai tribunali amministrativi regionali per i relativi vizi³⁰.

Si deve piuttosto capire se il vizio dell'eccesso di potere possa davvero essere ravvisabile nell'attività di certificazione, essendo quella della commissione un'attività amministrativa del tutto vincolata al rispetto dei criteri di qualificazione previsti dalle relative fattispecie di riferimento, nonché della giurisprudenza in materia.

In realtà, nel rimedio dell'erronea qualificazione sarebbero da ricomprendere anche tutti gli errori della certificazione relativi ad esempio alla qualificazione della legittimità delle clausole del termine o di altre clausole quali ad esempio quelle relative alle tipizzazioni di giustificazione dei licenziamenti. In tal modo si evita, peraltro, l'inutile pregiudiziale amministrativa prima di dover instaurare l'altro giudizio innanzi al giudice del lavoro³¹, con ciò rispettando il fine primo ed ultimo dell'istituto della certificazione che resta quello deflattivo del contenzioso.

Innanzitutto al giudice amministrativo, quindi, resterebbero giustiziabili tutti quei vizi attinenti alla procedura di certificazione prevista dalla legge e dai regolamenti delle diverse commissioni, così come quei comportamenti delle commissioni contrarie a norme di legge, quali ad esempio, il rifiuto ingiustificato di certificare un contratto³², ovvero quel

il quale ritiene che tale vizio integri un eccesso di potere; M. G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 435; M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, III, 1, pp. 331 ss.

³⁰ In tal senso si veda F. CARINCI, *Una svolta tra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003. n. 276*, I, Ipsoa, 2004, pp. 1 ss.

³¹ Di diverso avviso è stato il Tribunale di Milano 1.6.2012, 8.4.2013, 6.3.2013 il quale, proprio con riferimento alle clausole del termine, afferma la necessità di far annullare l'atto certificatorio dal giudice amministrativo. Nel senso di chi scrive, invece, si veda Trib. Bergamo, 20.5.2010 n. 516, in *Lav. Giur.*, 2011, III, 301 con nota di A. MINERVINI, il quale ha affermato che sussiste la competenza del giudice del lavoro nel caso di un'erronea qualificazione di un contratto di lavoro a progetto. Tale sentenza è stata confermata da Corte app. Brescia, 22.2.2011, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, 163 con nota di PASQUALETTO. Si segnala inoltre, nella sparuta giurisprudenza sulla certificazione della clausola del termine, Cass. 29.10.2021, n. 30745, avente ad oggetto la certificazione di una clausola del termine per ragioni sostitutive, con la quale la Suprema Corte ha affermato che si può ricorrere ai sensi dell'art. 80 d. lgs. n. 276/2003 quando emerga una difformità tra la clausola certificata e quella reale (tale principio è stato enunciato in un caso in cui il datore di lavoro aveva ommesso di indicare il nome, le mansioni e la sede di lavoro del lavoratore che doveva essere sostituito).

³² Si veda Tar Lombardia, 7.2.2012, n. 430 che ha ritenuto violato l'art. 10 bis della legge n. 241/1990.



comportamento con il quale la Commissione attribuisca alla certificazione effetti ulteriori o diversi non richiesti dalle parti.

6. La certificazione dell'appalto.

L'art. 84 del d. lgs. n. 276/2003, rubricato «*Interposizione illecita e appalto genuino*», dispone che «*le procedure di certificazione ... possono essere utilizzate sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'art. 1655 del codice civile, sia nella fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto...*».

A tal riguardo la commissione di certificazione è chiamata a verificare che la fattispecie concreta portata alla sua cognizione integri effettivamente la fattispecie dell'appalto c.d. genuino e non mascheri invece una illegittima somministrazione, cioè che sia rispettato il sempre permanente divieto di interposizione nei rapporti di lavoro, divieto che assume vesti diverse nell'attuale mercato del lavoro, posta l'abrogazione della legge n. 1369/1960 ad opera del d. lgs. n. 276/2003³³.

L'art. 29 del d. lgs. n. 276/2003 si occupa dell'appalto, non creando una nuova fattispecie, posto il rinvio all'art. 1655 c.c., ma disciplinandone la rilevanza lavoristica, proprio al fine di distinguere tale istituto da quello della fornitura di manodopera, che oggi trova la sua disciplina nell'art. 30 e ss. del d. lgs. n. 81/2015.

Come è stato rilevato, la cifra della disciplina dell'appalto, sta nell'aver preso in considerazione una concezione più moderna di impresa, non solo post fordista, ma soprattutto post-industriale, essendo invero la fattispecie disciplinata soprattutto con riferimento agli appalti di servizi c.d. *labour intensive*, più che agli appalti di opere.

Si fa riferimento quindi ad una nozione smaterializzata di impresa e viene codificato un principio di relatività degli indici e dei criteri qualificatori dell'appalto genuino, giacché la liceità dell'appalto deve essere valutata caso per caso, in ragione delle concrete esigenze dell'opera o del servizio.

La difficoltà della qualificazione da parte della commissione di certificazione, nell'accoglimento della ricordata nozione dematerializzata di organizzazione, sta proprio nella distinzione tra potere direttivo (che deve, come noto, mantenersi in capo al datore di lavoro appaltatore per poter essere l'appalto genuino) e potere di conformazione e verifica che il codice civile pone in capo al committente (artt. 1461 e 1462 c.c.), soprattutto quando l'appalto viene eseguito in ambienti di pertinenza del committente ed in situazioni di contiguità tra le organizzazioni produttive.

A tale difficoltà va aggiunta quella relativa all'utilizzazione della tecnologia da parte delle imprese, giacché la possibile eterodirezione della prestazione di lavoro da parte del committente (il che sarebbe indice di non genuinità dell'appalto) è veicolata sempre più spesso

33 D. GAROFALO, *Il perdurante divieto di intermediazione*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina lavoristica*, Giappichelli, 2017, pp. 3 ss.; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, *Studi in onore di E. Ghera*, Cacucci, 2008, pp. 315 ss.

attraverso sistemi tecnologici e algoritmi di cui è difficile conoscere l'effettivo funzionamento. Si rileva come, ad esempio nel settore della logistica, il committente, tramite procedure interamente automatizzate, potrebbe esercitare un ruolo attivo, se non un vero e proprio potere direttivo, ciò che renderebbe non genuino l'appalto³⁴.

Va da sé che la commissione di certificazione si limita a dichiarare la genuinità o meno della fattispecie dell'appalto sottoposta al suo apprezzamento e non giunge fino al punto, che non le compete, di qualificare diversamente l'appalto non genuino quale somministrazione illecita o addirittura fraudolenta.

Più in generale, va sottolineato come in assenza dei codici di buone pratiche la commissione sicuramente deve tener conto delle diverse circolari amministrative, ma ancora di più della giurisprudenza in materia, che è il riferimento effettivo per ogni commissione di certificazione.

Nell'attività di certificazione dell'appalto, al pari di quanto avviene nelle altre ipotesi di certificazione, la commissione userà tutti i poteri documentali relativi alla natura delle imprese coinvolte, alla loro effettiva consistenza imprenditoriale, effettuerà l'audizione delle parti in merito al contratto di appalto, esaminerà il contratto stesso, che è quanto può effettivamente svolgere, non disponendo di ulteriori specifici poteri istruttori. A tal riguardo, ai fini della certificazione della genuinità dell'appalto, non si comprende l'utilità di visita/ispezione presso i locali in cui l'appalto si svolge, come invece qualche commissione suggerisce.

7. La certificazione obbligatoria per gli ambienti confinati e/o sospetti di inquinamento.

Diversamente dalle altre ipotesi di certificazione, ove vige il principio della volontarietà, sono stati previsti due procedimenti obbligatori di certificazione nel caso della clausola compromissoria³⁵ ed in quello dei contratti di appalto e subappalto in ambienti confinati e/o sospetti di inquinamento.

Soffermando l'attenzione su tale seconda ipotesi, questa è stata introdotta con il D.P.R. n. 177/2011, che ha previsto un sistema di qualificazione delle imprese che svolgono la propria attività in ambienti di lavoro sospetti di inquinamento e/o confinati, attuando quindi il

34 Si veda la sentenza del Tribunale di Padova, n. 126 del 03.03.2023, secondo la quale nei contesti di lavoro in cui i poteri di direzione e controllo sulle prestazioni del lavoratore sono gestiti da un hardware su cui è installato un software, il rapporto di lavoro è ricondotto all'imprenditore che gestisce il sistema informatico. Nel caso in questione, valutando l'attività svolta dai soci lavoratori di una cooperativa nel settore logistico, il giudice prende atto di un sistema di organizzazione interamente rimesso a strumenti informatici: posto che tale attività è gestita da un software, si ricade nella fattispecie dell'intermediazione illecita quando l'appaltatore non ha nessun controllo del sistema informatico e non lo gestisce.

35 Fattispecie introdotta con l'art. 31, comma 10, legge n. 183/2010. In dottrina si veda A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *Mass. Giur. lav.*, IV, p. 211; C. CESTER, *La clausola compromissoria nel Collegato lavoro*, in *Riv. lav. nella giur.*, I, 2010, pp. 30 ss.



disposto dell'art. 27 del d. lgs. n. 81/2008 che prevede l'adozione di sistemi di qualificazione delle imprese³⁶.

L'obbligatorietà di tale procedimento certificatorio è stata confermata nella nota ministeriale n. 11649 del 27.6.2013 in tema di «*Vigilanza nel settore degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati. Applicazione dell'art. 2, comma 1, lett. c), del d.p.r. n. 177 del 14.9.2011*», al fine di evitare l'utilizzo di lavoratori non specializzati in attività ad alto rischio di infortunio.

Il mancato rispetto di tale obbligo è assistito dalla tecnica penale ingiunzionale nei confronti del committente, reo di non aver correttamente verificato l'idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi prevista dall'art. 26, comma 1, lett. a del d. lgs. n. 81/2008. Con riguardo a tale fattispecie "atipica" di certificazione bisogna fare alcune considerazioni per comprendere il complesso quadro normativo nella quale è inserita.

In primo luogo si deve fare chiarezza sulla terminologia utilizzata e cioè sul fatto che la certificazione cui fa riferimento l'art. 26, comma 1, lett. "a" n. 2, del d. lgs. n. 81/2008, è una mera autocertificazione di qualità dell'impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi del possesso dei requisiti di idoneità tecnico professionale (ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445) e dunque non ha nulla a che vedere con la certificazione "lavoristica" di cui agli artt. 75 e ss. del d. lgs. n. 276/2003.

Mentre il riferimento alla certificazione "lavoristica" è contenuto nell'art. 27, comma 1, del d. lgs. n. 81/2008 che, delegando ad un futuro decreto (mai attuato) l'individuazione dei settori e dei criteri per la definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi in materia di sicurezza sul lavoro, prevede la certificazione con riferimento ai contratti flessibili e ai contratti di appalto.

Alla mancata attuazione del decreto attuativo di cui all'art. 27, comma 1 citato, consegue anche l'inoperatività di tutto il sistema della c.d. patente a punti in tema di sicurezza sul lavoro

36 L'art. 27 del d. lgs. n. 81/2008 rimette ad un decreto del Presidente della Repubblica, l'individuazione dei settori e dei criteri finalizzati alla definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, in relazione alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fondato sulla base della specifica esperienza, competenza e conoscenza, acquisite anche attraverso percorsi formativi mirati, nonché sull'applicazione di determinati standard contrattuali e organizzativi nell'impiego della manodopera, anche in relazione agli appalti e alle tipologie di lavoro flessibile, certificati ai sensi del titolo VIII, capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni. M. TIRABOSCHI, *Il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi*, 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). Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 119 ss.; P. TULLINI, *Art. 27 - Sistema di qualificazione delle imprese*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, in *Commentario*, diretto da L. MONTUSCHI, *La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 382 ss.; L. FANTINI, *La qualificazione delle imprese: obiettivi normativi, stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in M. PERSIANI-M. LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, 2012, pp. 495 ss.; P. RAUSEL, *Il sistema di qualificazione delle imprese operanti negli spazi confinati*, in *Riv. igiene e sicurezza sul lav.*, 2012, I, p. 6.



nell'edilizia (art. 27, comma 1 bis, d. lgs. n. 81/2008): si tratta di un curioso sistema ove si dovrebbe procedere alla decurtazione dei punti a seguito dell'accertamento di violazioni in materia di salute e sicurezza e dove l'azzeramento dei punti comporta la sospensione dell'attività di impresa, ma non è previsto il modo in cui sia possibile recuperare tali punti.

Ora, in tale ambito l'istituto della certificazione è richiamato dal D.P.R. n. 177/2011, all'art. 1, comma 1, lett. "c" e all'art. 2 comma 2.

Nel primo caso è previsto che qualsiasi attività lavorativa negli ambienti sospetti di inquinamento e/o confinati possa essere svolta solo se l'impresa abbia una percentuale di forza lavoro, non inferiore al 30%, con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, assunta con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ovvero anche con altre tipologie contrattuali o di appalto, a condizione, in questa seconda ipotesi, che i relativi contratti siano stati preventivamente certificati.

In tale ipotesi, quindi, vige l'obbligo di certificazione di quei contratti di lavoro diversi dai contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato che abbiano un'esperienza almeno triennale in ambienti confinati e la *ratio* di tale disciplina risiede nell'accertare che anche i lavoratori assunti con contratti c.d. atipici abbiano un'effettiva esperienza in tali ambienti pericolosi.

Nel caso del contratto di appalto stipulato nell'ambito di lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati (sempre previsto nel citato art. 1, comma 1, lett "c"), non vi è unitarietà di vedute in merito all'obbligo di certificare solo detto contratto ovvero anche i singoli contratti di lavoro dell'appaltatore, visto che la certificazione del contratto di appalto non si riverbera sui contratti di lavoro³⁷.

Si ritiene che nel caso di lavorazioni oggetto di appalto, sarà sufficiente la certificazione del solo contratto di appalto e non anche dei contratti dei lavoratori della società appaltatrice. Ed infatti la *ratio* della norma è quella di affidare alla commissione di certificazione un controllo sulle attività svolte direttamente dai lavoratori assunti con contratti c.d. atipici ovvero svolte da un'impresa appaltatrice e ciò in linea con il sistema di qualificazione delle imprese citato con il D.P.R. 177/2011.

La seconda ipotesi, prevista dall'art. 2, comma 2 del D.P.R. n. 177/2011 sancisce il divieto di ricorrere ai subappalti «*se non autorizzati espressamente dal datore di lavoro committente e certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni e integrazioni*». Tale ipotesi, che non crea particolari dubbi interpretativi, integra un obbligo generalizzato in tutti i casi di subappalto, visti i rischi sulla sicurezza connaturati proprio alle ipotesi di subappalto³⁸. Ora, posto che il D.P.R. n. 177/2011 nulla dice in merito ai poteri delle commissioni di certificazione con riferimento a tale particolare attività

³⁷ La questione è stata oggetto dell'interpello n. 6/2015 alla quale la Commissione interPELLI, costituita ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. n. 81/2008, non ha ancora fornito risposta. In dottrina su tale problematica si veda M. BARBERIO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto*, cit., pp. 65 ss.

³⁸ Si veda sempre M. BARBERIO, *La certificazione*, cit., pp. 65 ss.



certificatoria, ci si deve interrogare su quali siano i poteri di dette commissioni e cioè capire se queste, oltre alla ordinaria attività di qualificazione dei rapporti di lavoro c.d. atipici o di distinzione tra appalto genuino e somministrazione irregolare, possano assolvere all'ulteriore funzione certificatoria in relazione al sistema di qualificazione delle imprese attraverso la verifica della idoneità professionale richiesta dall'art. 26 del d. lgs. n. 81/2008 e dall'art. 2 del D.P.R. n. 177/2011.

Secondo l'articolato normativo, la commissione dovrebbe entrare nel merito della professionalità dei lavoratori e, dall'esame della documentazione prodotta e dall'audizione delle parti, accertare il ricorrere dell'esperienza triennale in capo ai lavoratori e la loro idoneità a svolgere la prestazione lavorativa in ambienti sospetti di inquinamento e/o confinati.

Si ritiene che le commissioni composte solo da esperti di diritto del lavoro non abbiano però adeguata professionalità e mezzi per la verifica dell'idoneità professionale dei soggetti, poiché dovrebbero conoscere i particolari degli specifici settori produttivi e capire se una determinata professionalità possa rendere il lavoratore idoneo a lavorare in quel particolare *teatro* lavorativo.

Un provvedimento di certificazione di tal genere potrebbe incorrere nel vizio dell'eccesso di potere della commissione ed essere quindi annullato, con tutte le conseguenze che ne deriverebbero per i componenti delle commissioni in tema di responsabilità³⁹. Pertanto, per tale particolare attività certificatoria le commissioni dovranno essere integrate da specifiche figure esperte nel campo della salute e sicurezza sul lavoro.

In assenza della certificazione di questi contratti di lavoro, gli stessi saranno nulli per contrasto alla norma imperativa di legge, con la conseguenza che tali lavoratori non potranno essere impiegati nelle relative lavorazioni. Ed infatti la certificazione di tali contratti, diversamente dai contratti per così dire ordinari, deve essere operata anteriormente alla data di inizio del lavoro e non può essere adottata in corso di esecuzione del rapporto⁴⁰.

In conclusione, si deve rilevare come il D.P.R. n. 177/2011 non riesca però a raggiungere in concreto tutte le finalità per cui esso è stato emanato, a causa di una normativa ambigua ed in parte non attuata.

Anche l'istituto della certificazione, in questa materia, risulta problematico e meriterebbe una rivisitazione, con la previsione legislativa di una sezione specializzata all'interno delle commissioni composta da professionisti esperti della materia della salute e sicurezza sul lavoro, i soli che potrebbero verificare in concreto, ed efficacemente, l'idoneità professionale dei lavoratori.

39 Sul tema della responsabilità delle commissioni, la dottrina maggioritaria ritiene che le commissioni siano responsabili sia per l'attività certificatoria che per quella di consulenza ed assistenza alle parti, si veda tra i molti V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75-84*, cit., p. 199; P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1444; contra S. CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, 2011, Giappichelli, pp. 17 ss.

40 S. CIUCCIOVINO, *Certificazione dei contratti di lavoro (Voce)*, in Treccani Online, 2016.



8. Conclusioni.

Il peccato originale della certificazione è stato messo in luce e rimarcato da tutta la dottrina; solo con riferimento alla certificazione-qualificazione è possibile, in teoria, sostenere l'incompatibilità dell'istituto con i principi del diritto del lavoro, posto che la certificazione è sempre un'attività che si concentra sul contratto e non sul momento esecutivo, che invece obbedisce al principio cardine del diritto del lavoro relativo all'*effettività*.

Diversa considerazione merita, invece, l'attività di certificazione intesa come assistenza alle parti per il compimento di atti giuridici, sulla quale il legislatore si esercita sempre più spesso.

Si pensi, a prescindere dalla possibilità di inserire la clausola compromissoria nel contratto individuale di lavoro solo in sede di certificazione, alla ipotesi già ricordata relativa al patto di demansionamento, nonché a quella relativa alla possibilità demandata alle parti di inserire nel contratto individuale di lavoro a tempo parziale la clausola elastica in mancanza della relativa pattuizione collettiva. Con riferimento a tale possibilità, l'art. 6, comma 6, del d. lgs. n. 81/2015 prevede, appunto, che se il contratto collettivo applicato al rapporto non disciplini le clausole elastiche, queste possono essere pattuite per iscritto dalle parti solo innanzi alle commissioni di certificazione, con l'applicazione di una disciplina positiva prevista dalla legge cui la commissione deve attenersi.

Sempre al di fuori della certificazione-qualificazione, si pensi alla stessa possibilità di certificare le rinunzie e le transazioni del lavoratore di cui all'art. 2113 c.c., a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse, ciò che peraltro ci permette di ritenere come la commissione non possa essere considerato un conciliatore.

La proficuità dell'istituto della certificazione non potrà a nostro avviso che perseguire l'ampliamento dell'attività del medesimo, nella sua più genuina dimensione di consulenza ed assistenza alle parti del rapporto di lavoro e, per tale via, di protezione effettiva del lavoratore.

LE COLLABORAZIONI COORDINATE, LE COLLABORAZIONI ETERO-ORGANIZZATE E GLI INDICI PRESUNTIVI DELLA SUBORDINAZIONE: UN DIFFICILE RACCORDO *

Carlo Pisani

Ordinario di diritto del lavoro Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Abstract [It]: Il contributo ha ad oggetto la nozione di "coordinamento" ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ. L'Autore, dopo aver evidenziato le criticità della tesi "panconsensualistica", riflette sul confine con la nozione di etero-organizzazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 81 del 2015 e sulle contraddizioni riguardanti le eccezioni previste dal comma 2 di quello stesso articolo. Infine, una volta messa in luce l'incertezza del quadro normativo e giurisprudenziale, l'Autore, ritenendo che sia illusorio incidere razionalmente in questa materia solamente attraverso modifiche sul versante della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative, considera invece necessaria una nuova graduazione delle tutele alla luce di criteri rispondenti alla ragion d'essere del diritto del lavoro come la debolezza economica e l'implicazione della persona nel rapporto di lavoro.

Abstract [En]: The contribution deals with the notion of 'coordination' pursuant to Article 409(3) of the Code of Civil Procedure. The author, after highlighting the critical aspects of the "pan-consensualist" thesis, reflects on the boundaries with the notion of hetero-organisation pursuant to Article 2(1) of Legislative Decree 81 of 2015 and on the contradictions related to the exceptions laid down in Article 2(2). Finally, on account of the uncertainty of the legal and jurisprudential framework, the Author considers it unrealistic to rationally implement changes in this matter only through modifications of the discipline of coordinated and continuous collaborations. On the contrary, a new graduation of protections is deemed necessary, in the light of criteria responding to the *raison d'être* of Labour Law such as economic weakness and the implication of the person in the working relationship.

SOMMARIO: 1. Le aporie del coordinamento panconsensuale. – 2. Le ulteriori contraddizioni riguardanti le eccezioni all'art. 2, d.lgs. n.81/15, comma 1, previste dal comma 2. – 3. La strada più agevole per la conquista della subordinazione: gli indici secondari con la loro incerta natura giuridica.

1. Le aporie del coordinamento panconsensuale.

Nei "dintorni" del rapporto di lavoro subordinato, in cui si assiste da tempo ad una sorta in "ingorgo" delle fattispecie, il punto di osservazione delle collaborazioni coordinate si rileva particolarmente utile per affrontare il problema, che si potrebbe definire storico della nostra materia, che è quello di delimitare, o estendere, a seconda dei punti di vista, il campo di



applicazione della tecnica di tutela fondamentale del diritto del lavoro e cioè l'applicazione della disciplina inderogabile di legge¹.

Si tratta pur sempre della, alle volte affannosa, ricerca di elementi che, in relazione al debitore di opere con rapporto di durata inserito nella organizzazione del committente, limitino la sua libertà nella esecuzione della prestazione lavorativa, al di là ed in modo ulteriore rispetto ai consueti vincoli derivanti dall'oggetto del contratto di lavoro autonomo e della sua esecuzione diligente e in buona fede.

È proprio da questo punto di osservazione che si può apprezzare il tentativo di tracciare *a contrario* la linea di confine rispetto all'area occupata dalle collaborazioni coordinate². Ma occorre anche fare i conti, per una completa ricostruzione sistematica, con il fondamentale *tertium comparationis* costituito dalla nozione giurisprudenziale del vincolo di subordinazione e dagli indici presuntivi da essa utilizzati a tal fine.

In questo tipo di analisi adottare il metodo di partire dalla nuova versione dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., e dalla nozione, o interpretazione, di coordinamento ivi contenuta, e, da lì, andare "a ritroso", per avvicinarci appunto al campo di applicazione della disciplina proprio del lavoro subordinato, consente di far emergere con maggiore nitidezza alcune disarmonie sistematiche.

È dal 2003 che su questa linea di confine tra subordinazione e autonomia si susseguono modifiche normative, dapprima con il decreto legislativo 276/2003, ancora più appesantito con la legge 92/2012, e poi con l'art. 2, d. lgs. n. 23/15.

Ad accentuare le incertezze sistematiche è intervenuta la nozione normativa di coordinamento (art. 15, l. n. 81/17), da cui tenore testuale risulterebbe che tutto ciò che non è stato pattuito deve essere lasciato alla totale autonomia del collaboratore, eliminando così ogni forma di unilateralità sotto forma di potere di coordinamento. G. Santoro Passarelli riconosceva che con questa norma, "il coordinamento cessa di essere un potere unilaterale"³.

Ma se è così, si rischia di entrare in rotta di collisione con il concetto stesso di coordinamento, giacché stiamo sempre parlando di una attività che deve essere coordinata con l'organizzazione del creditore e nel suo interesse; il che comporta inevitabilmente che ci sia un soggetto coordinante che esercita un potere, ovviamente diverso dal potere direttivo, e un soggetto coordinato che a quel potere è assoggettato. Diversamente il coordinamento diventa

1* Lo scritto rielabora l'intervento al Convegno "Dialogo su Lavoro autonomo e organizzazione. Le collaborazioni coordinate e le collaborazioni etero-organizzate", tenutosi all'Università degli studi di Roma "La Sapienza", il 31 gennaio 2024.

Da ultimo, anche per ulteriori richiami, sia consentito il rinvio a C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, in *Tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Atti giornate di studio AIDLASS, Torino 16-17 giugno 2022, La Tribuna, Torino, 2023.

2 F. FERRARO, *Studio sulla collaborazione coordinata*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 532.

3 G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo volto del diritto del lavoro a cinquanta anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, n. 1, p. 1 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, Tomo IV, Giappichelli, pp. 125 ss., ivi p. 142; in questo senso cfr. altresì A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, n. 1, p. 201; e E. GHERA, *Considerazione sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Dir. merc. lav.*, 2021, n. 3, pp. 558-559.



qualcosa d'altro, riducendosi a una pattuizione di alcune modalità di svolgimento del rapporto e di inserimento nell'organizzazione prevedibili *ex ante*.

Se si entra in una concezione pancosensualistica del coordinamento, implicante che al di fuori dell'accordo non vi possa essere alcuna ingerenza da parte del committente, sorge, tra l'altro, il problema dei limiti dell'estensione dell'oggetto di questa pattuizione, sia di quella iniziale, che delle eventuali successive in corso di rapporto.

Ad esempio, non dovrebbero esserci dubbi sulla ammissibilità di un accordo riguardante un orario fisso di lavoro quale misura di coordinamento, che dunque potrebbe essere anche certificabile ai sensi dell'art. 75, d. lgs. n. 276/2003. Anzi, si tratterebbe di una misura prudenziale da parte del committente in quanto poi il collaboratore non potrebbe più sostenere che, nello svolgimento del rapporto, tale orario è stato imposto. Assai più dubbio è invece convenire l'attribuzione al committente del potere di variare unilateralmente tale orario, perché ciò che non è compatibile con il concetto di coordinamento è il conferimento da parte del collaboratore di poteri conformativi e direttivi tipici del vincolo di subordinazione non predeterminati *ex ante*. Così, assegnare consensualmente il potere della specificazione da parte del committente delle attività da eseguire nell'ambito di quelle già concordate⁴, ove si traduca in un potere di conformazione o di scelta del "che cosa quando", fuoriesce da quelle misure di coordinamento consensualmente determinabili e l'eventuale certificazione di una tale clausola sarebbe soggetta all'invalidazione da parte del giudice per erronea qualificazione del contratto.

Anche per quanto riguarda gli accordi modificativi in corso di rapporto di tali modalità di realizzazione dell'oggetto del contratto, questi non sono preclusi dalla lettera della norma, potendo il committente avanzare la proposta negoziale e il collaboratore accettarla. È evidente, infatti, che in un rapporto di durata sia fisiologico che si ponga l'esigenza di adattare il coordinamento alle sopravvenute esigenze e variazioni dell'organizzazione che si riverberano sulle modalità dell'inserimento dell'attività del collaboratore, anche perché l'organizzazione del lavoro non è un teorema di geometria.

Senonché potrebbe accadere che il committente disponga una tale modifica e il collaboratore la esegua senza obiettare alcunché e che questa diventi una nuova modalità stabile del coordinamento rispetto a quanto pattuito nell'accordo iniziale. Il dubbio al riguardo è se sia ammissibile la volontà negoziale manifestata per comportamento concludente – come, ad esempio, la giurisprudenza riteneva nell'ipotesi di modifica in pejus delle mansioni al tempo del testo originario dell'art. 2103 cod. civ, prima della novella dell'art. 13 Stat. lav. –

oppure se, come sembra più coerente con il tenore testuale della norma, l'aver previsto il "rafforzativo", consistente nella locuzione "comune accordo" in aggiunta al termine "pattuito", impedisca di dare ingresso a manifestazioni di volontà tacite, e ciò in base al canone interpretativo del legislatore non ridondante.

Il principale punto critico della disposizione risiede dunque nell'assolutezza del suo tenore testuale, che non consentirebbe graduazioni per cui, a fronte di eventuali ingerenze del

4 D. MEZZACAPO, *Il superamento del contratto a progetto e la rinnovata centralità delle collaborazioni*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2020, Tomo I, p. 280.



committente non pattuite, il rapporto non potrebbe che essere qualificato come subordinato, anche se l'intensità di tali ingerenze non dovessero raggiungere la "soglia" del potere direttivo di cui all'art. 2094 cod. civ. Ciò in quanto, in tale ipotesi, non essendo più configurabile un lavoro "coordinato", non resterebbe altro che un lavoro "subordinato", giacché non sono previste altre fattispecie intermedie.

Di qui un'ulteriore "asimmetria", questa volta rispetto a quanto disposto dall'art. 2, d. lgs. n. 81/15, in quanto verrebbe applicata la disciplina del rapporto di lavoro subordinato al verificarsi di ingerenze del committente anche blande, come ad esempio, istruzioni funzionali appunto al coordinamento, che non raggiungano neppure la soglia dell'etero-organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione richiesta da detto art. 2.

Sicché in presenza di qualsiasi ingerenza da parte del committente non consensualmente autorizzata il rapporto si trasformerebbe in rapporto di lavoro subordinato⁵.

Interessante, a proposito di questo groviglio sistematico, è la sentenza della Corte cost. 113/22, che, nel dichiarare incostituzionale per contrasto con l'art. 41 Cost. una legge della Regione Lazio che imponeva di utilizzare solo rapporti di lavoro subordinato nelle strutture accreditate con il Servizio Sanitario Nazionale per il personale sanitario dedicato ai servizi della persona, ha affermato che ben possono essere configurabili, inserite in tali organizzazioni, non solo rapporti di lavoro autonomo, di cui al Libro V, ma anche "rapporti di collaborazione che si concretino in prestazioni di lavoro prevalentemente personali continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente". Nessuna menzione, però, per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa a cui invece non si applica la disciplina del lavoro subordinato; per cui anche nella sistematica della Consulta sparisce dall'orizzonte l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Inoltre, sempre nella sentenza, si fa riferimento all'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/15, senza avvedersi che il personale sanitario riguarda le professioni ordinistiche, escluse dall'applicabilità di tale norma.

Nella sostanza la nuova versione dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., diverrebbe la norma che fissa il *limes*, il confine più avanzato, dell'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, sopravanzando anche l'art. 2, d. lgs. n. 81/15, che pure era stato congeniato a tal fine. Ma erano queste le intenzioni del legislatore? Vi è da dubitare, perché in questo modo si metterebbe fuori gioco l'art. 2094 c.c., non potendo qui venire in soccorso il, comunque fragile, distinguo tra norma di disciplina e norma di fattispecie.

Al riguardo, proprio per tentare di armonizzare queste due disposizioni si è avanzata la proposta interpretativa che risiede nel ritenere compatibili con la nozione di coordinamento quel livello di ingerenze del committente, pur non pattuite di comune accordo, analoghe a quelle previste espressamente per altri contratti di lavoro autonomo, che non sfocino in un potere conformativo della prestazione⁶. Si tratta del tema delle "prerogative di

5 Per questa conclusione cfr. A. PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come orientarsi nel pensiero*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 2, pp. 267 ss., ivi 291 ss. e in particolare pp. 295-302.

6 In questo senso, M. MARAZZA, *In difesa del lavoro autonomo (dopo la legge n. 128 del 2019)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 1, pp. 61 ss., ivi 66; G. PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Lab. Law Iss.*, vol. 8, n. 1, 53 ss., ivi 65; e C. PISANI, *Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione*, in *Riv. it. dir.*



completamento”⁷, vale a dire di meccanismi di adeguamento *ex post* del creditore di prestazioni lavorative svolte con modalità non subordinate⁸, ovvero della distinzione elaborata sempre riguardo al contratto d’opera, tra ordini e istruzioni⁹.

Più nel concreto, mentre rimane incompatibile con il nuovo art. 409, il potere di organizzare i tempi della prestazione, e cioè il “che cosa quando”, così come quello di emanare ordini penetrati e continui, residuerebbe ancora uno spazio per quelle che si potrebbero definire come “disposizioni unilaterali di coordinamento”, nei cui confronti non è necessario dimostrare il consenso esplicito del collaboratore, senza che per questo venga meno la autonomia organizzativa a cui fa riferimento la norma.

2. Le ulteriori contraddizioni riguardanti le eccezioni all’art. 2, d.lgs. n.81/15, comma 1, previste dal comma 2.

A rendere ancor più confuso il quadro sistematico, contribuiscono le deroghe od eccezioni previste dal comma 2, rispetto all’effetto stabilito dal comma 1 dell’art. 2, cit.; si tratta di tipologie di collaborazioni che anche ove dovessero presentare i requisiti previsti della etero-organizzazione da parte del committente non beneficerebbero dell’applicazione del rapporto di lavoro subordinato.

A prescindere dalla questione più generale della disponibilità o no del tipo da parte della legge, anche questa disposizione derogatoria pone dei problemi di interpretazione sistematica, che risultano particolarmente evidenti al cospetto della ipotesi prevista la lett. b) del comma 2, riguardante le collaborazioni prestate nell’esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l’iscrizione ad albi, e cioè le cosiddette professioni ordinistiche, che sovente costituiscono l’oggetto di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, specie in alcuni settori, come ad esempio quello della sanità privata, ove i medici svolgono appunto la loro attività in modo continuativo nelle case di cura.

Al riguardo, il combinato disposto dell’art. 409 n. 3, cod. proc. civ, nuova versione, con la nozione legale di coordinamento, e del suddetto comma 2 dell’art 2, d. lgs. n. 23/15, unitamente all’interpretazione giurisprudenziale della subordinazione attenuata, può portare a risultati applicativi paradossali. Si consideri, ad esempio, che al medico che dimostri la sottoposizione al potere del committente in ordine alle modalità di esecuzione della sua prestazione, non sarà comunque applicabile la disciplina del rapporto di lavoro subordinato; ma, nel contempo, lui potrà comunque conquistarsi l’applicazione di tale disciplina in modo più semplice dimostrando addirittura di meno rispetto alla suddetta etero-organizzazione facendo valere la violazione della nozione legale di coordinamento, perché gli sarà sufficiente dare la prova di qualche ingerenza del committente al di là di quanto espressamente pattuito; oppure, come seconda scelta, potrà far valere la giurisprudenza sulla subordinazione attenuata, senza

lav., 2018, n. 1, pp. 43-74, per le declinazioni del potere direttivo, del potere specificativo e di conformazione e delle differenze con il potere modificativo o *jus variandi* sovente confusi tra loro.

⁷ F. FERRARO, *Studio, cit.*, p. 414.

⁸ Cfr. A. PISU, *L’adeguamento dei contratti tra jus variandi e rinegoziazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 72.

⁹ Cfr. V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 136.



sobbarcarsi l'onere della prova di essere stato sottoposto comunque a un potere da parte del committente in ordine all'esecuzione della prestazione lavorativa. Nei confronti di queste conclusioni si potrebbe eccepire che l'art. 2 non è norma di fattispecie ma solo di disciplina. Ma sono proprio le suddette contraddizioni che fanno emergere la fragilità, se non l'inutilità, di tale distinguo da un punto di vista applicativo.

Il legislatore, forse presagendo queste incertezze, ha tentato di porvi parzialmente rimedio prevedendo, all'art. 2, comma 3, d. lgs. n. 81/15, la facoltà delle parti di far certificare dall'apposita Commissione l'"assenza dei requisiti di cui al comma 1". La disposizione - probabilmente superflua in quanto anche le collaborazioni eterorganizzate rientrano nell'ampia norma generale sull'ambito di applicazione dell'art. 75, d. lgs. n. 276/2003-, possiede l'efficacia relativa tipica della Certificazione, essendo essa sempre soggetta alla sindacabilità da parte del giudice, non solo per erronea qualificazione del contratto, ma anche e soprattutto, alla verifica dell'eventuale difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva applicazione¹⁰.

Nel 2018, di fronte a queste due norme -l'art. 2, d. lgs. n. 81/15, e l'art. 15, l. n. 81/17- scrivevo che era alta la probabilità che tali norme diventassero sostanzialmente irrilevanti, continuando a prevalere gli attuali orientamenti giudiziari in materia di accertamento del rapporto di lavoro subordinato¹¹. A distanza di otto e rispettivamente cinque anni dall'entrata in vigore delle suddette norme, quella previsione sembra avverata. Questo emerge con particolare evidenza nelle aule di giustizia dove pulsa la "carne viva" dell'effettività delle discipline. Qui si riscontra un dato singolare: nel contenzioso per l'accertamento del rapporto di lavoro subordinato chi invoca quella tutela si tiene alla larga dall'art. 2, e anche dal nuovo art. 419, per far valere invece i forse più agevoli indici secondari della subordinazione attenuata.

Si assiste così a curiosa inversione dei ruoli allorché il convenuto, datore di lavoro in quelle cause, fa valere come argomento contrario proprio l'art. 2, che nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto facilitare l'accesso a quella tutela, per eccepire il mancato assolvimento dell'onere della prova da parte del ricorrente del fatto che il committente abbia organizzato le modalità di esecuzione della prestazione, o che addirittura non sia neppure sufficiente tale prova nel caso delle professioni ordinistiche in virtù dell'inapplicabilità del comma 1. E così risulta assai raro che le sentenze di accertamento della subordinazione si basino sull'art. 2, così come sul mancato rispetto da parte del committente dell'autonoma organizzazione dell'attività lavorativa di cui alla nozione legale di coordinamento di cui all'art. 409. Si preferisce piuttosto basarsi sugli indici presuntivi o indizianti o secondari. Né si può pensare che per le professioni ordinistiche questa sia la strada obbligata in ragione della non applicabilità ad esse del comma 1 dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, in quanto ad esse non è preclusa appunto l'applicabilità dei limiti introdotti dalla nozione legale di coordinamento.

3. La strada più agevole per la conquista della subordinazione: gli indici secondari con la loro incerta natura giuridica.

10 Cfr. D. MEZZACAPO, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2020, Tomo I, p. 264.

11 C. PISANI, *Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione*, cit., p. 43 ss.



In realtà è accaduto che, mentre il legislatore si ostinava ad adottare tecniche normative che nelle intenzioni volevano essere uno stratagemma per consentire di accedere al sistema di tutele previsto per il lavoro subordinato a quelle categorie di lavoratori non in grado di dimostrare giudizialmente la sottoposizione al potere direttivo, la giurisprudenza ha utilizzato la tecnica di facilitare tale prova mediante l'elaborazione della c.d. "subordinazione attenuata" che comporta la (iper)valorizzazione dei c.d. elementi secondari, ma più precisamente "indizianti", di tale subordinazione, fino a farli diventare, in alcuni orientamenti, elementi costitutivi della fattispecie che quindi in un certo senso vivono di vita propria.

Ciò risulta evidente se si considera che, in base ai prevalenti orientamenti della giurisprudenza, oggi si può ottenere l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato anche solo dimostrando la continuità della prestazione, il rispetto di un orario predeterminato, la percezione a cadenze fisse di un compenso prestabilito, l'assenza in capo al lavoratore di una, seppur minima, struttura imprenditoriale.

Pertanto, la sensazione è che per l'art. 2, ben si attagli la famosa metafora di D'Antona, e cioè che si tratti di "ponti superbi che conducono nel deserto", mentre quello degli indici secondari della subordinazione attenuata è un ponte di discutibile fattura su cui però tutti finiscono per passare perché fa risparmiare strada qui, verso l'accertamento della subordinazione. Non a caso questa presa da atto ha fatto affermare che a otto anni dall'entrata in vigore del decreto n. 81/15, le speranze riposte dell'art. 2 siano state in grandi parti deluse¹².

Alla luce di ciò emerge che, ragionare di ambito d'applicazione dell'art. 2, d. lgs. 81, o del nuovo art. 409, senza fare i conti di come poi nella realtà la giurisprudenza decide il contenzioso sulla domanda tendente ad ottenere le tutele del lavoro subordinato, porta inevitabilmente a una certa astrattezza nelle ricostruzioni. Infatti, a ma pare che il dibattito soffra un po' di un eccesso di dommatismo.

Ritengo quindi che paradossalmente il problema centrale sia quello di rapportare o raccordare la giurisprudenza sui c.d. indici secondari con queste due norme.

Ma per fare ciò, occorrerebbe finalmente spendere una parola di chiarezza sulla normativa questi indici.

Già nel 2002 Mengoni metteva in luce la tendenza "dell'espansione delle tutele del lavoro subordinato, ostinatamente perseguita dalla giurisprudenza con l'elaborazione di una serie di indici empirici non previsti nella definizione del 2094, e sovente arbitrari"¹³. Del resto, pare evidente la confusione tra suddetti indici e l'elemento costitutivo della subordinazione, ossia il potere direttivo.

Non per caso sono state evidenziate di recente contraddizioni sulle quali poco si riflette in merito all'uso giurisprudenziale di tali indici¹⁴.

12 F. FERRARO, *Studio sulla collaborazione coordinata*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 532.

13 L. MENGONI, *I contratti di lavoro nel secolo XX*. Intervento Convegno AIDLSS 2002, Padova, p. 14.

14 C. PISANI, *Fatti indizianti di una presunzione o elementi costitutivi della fattispecie?*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; F. CARINCI, *Dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; E. GRAGNOLI, *La subordinazione e l'art. 2 del decreto legislativo n. 81 del 2015*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; F. LUNARDON, *La subordinazione come rimedio alle carenze del legislatore*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; G. PROIA, *Gli indici sintomatici nel groviglio delle fattispecie contrattuali*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp.



In altri termini, si tratta di capire, o di uscire dal seguente equivoco, soprattutto nei casi di c.d. subordinazione attenuata, diventati la maggioranza nel contenzioso: allorché nelle sentenze si fa ricorso agli indici secondari, è perché il potere direttivo viene ritenuto ormai non più significativo ai fini dell'accertamento della subordinazione e quindi viene soppiantato da altri elementi distintivi della fattispecie; oppure perché esso è più difficile da dimostrare mediante la prova diretta, per cui si ricorre alla prova presuntiva, che però ha comunque per oggetto, o come suo punto di arrivo, il "fatto" dell'avvenuto esercizio in quel determinato rapporto del potere direttivo, nelle sue varie manifestazioni o declinazioni.

Se si adotta questa seconda ricostruzione, allora bisogna essere coerenti e affermare con chiarezza che si tratta dell'applicazione dell'articolo 2729 cod. civ., con tutto quello che ne consegue in termini di selezione di tali indici in base ai requisiti di "gravità e "precisione", oltre che di "concordanza".

Ma si tratta anche, o forse soprattutto, di individuare precisamente il fatto ignoto a cui risalire tramite i fatti indizianti: se questo deve consistere in un "fatto", allora non può essere visto genericamente nel vincolo di subordinazione, che invece è una qualificazione in diritto e quindi rientra nel procedimento di sussunzione che deve operare il giudice in base al fatto ignoto provato mediante la presunzione. Il fatto ignoto dovrebbe invece consistere nell'elemento caratterizzante e distintivo della fattispecie, e cioè la sottoposizione al potere direttivo, inteso in tutta la sua complessità e nelle sue varie dimensioni; altrimenti si corre il rischio di generare una gran confusione perché, o si dà rilevanza a fatti che non presentano alcuna gravità e precisione in relazione al potere direttivo, oppure, non poche volte, la sottoposizione al potere direttivo viene intesa come uno degli indici, divenendo esso stesso un fatto indiziante, e non più il fatto ignoto a cui risalire mediante il ragionamento inferenziale logico -induttivo. Il che porta poi ad ulteriori distinzioni tra indici sintomatici principali e secondari che rendono ancora più confuso il quadro di riferimento.

Inquadrare gli indici nell'ambito delle presunzioni semplici dovrebbe consentire altresì di ampliare il controllo in sede di legittimità sull'operato dei giudici di merito, nel momento in cui dovrebbero venire meno i dubbi sulla censurabilità in Cassazione per violazione di norme di diritto *ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ.*, dell'erronea individuazione del fatto ignoto, così come della rilevanza attribuita a fatti indizianti privi invece dei requisiti della gravità, precisione o concordanza, ai sensi dell'art. 2729 cod. civ.

Il ruolo centrale che così vengono ad acquisire le presunzioni semplici anche nell'accertamento del rapporto di lavoro subordinato sembra peraltro coerente con una tendenza più generale di rivalutazione di tale strumento di prova. È noto, infatti, che esse hanno progressivamente acquistato un ruolo di primo piano nella giurisprudenza, di pari passo con la valorizzazione del principio, o diritto, ad un rimedio effettivo; basti pensare alla materia del risarcimento del danno, soprattutto non patrimoniale.

2 ss.; B. SASSANI, *Sull'impiego nel processo dei c.d. indici della subordinazione*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; V. SPEZIALE, *Indici giurisprudenziali della subordinazione, presunzioni semplici, lavoro autonomo etero-organizzato e co.co.co.*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; P. TOSI, *C'erano una volta le fattispecie e c'erano una volta gli indici della subordinazione ...!*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.; C. ZOLI, *La subordinazione e i nuovi scenari: un cantiere aperto*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, pp. 2 ss.



Non si tratta dunque di astratte dispute accademiche, ma di aspetti importantissimi proprio a livello del contenzioso, in quanto tutte le ricostruzioni sistematiche alla fine devono fare i conti con l'individuazione dei fatti specifici che il ricorrente deve introdurre in giudizio e poi provare, anche perché, come è noto, la presunzione non esonera certo la parte interessata dall'allegazione sia del fatto ignoto che dei fatti indizianti. Proprio per questo motivo, porsi nella prospettiva della prova, e nello specifico di quella per presunzioni, si rivela utile per mettere in evidenza il catalogo dei problemi irrisolti, poiché si è costretti ad individuare precisamente i fatti costitutivi di una fattispecie, ed è quindi una sorta di cartina di tornasole, o una prova di resistenza, idonea a far emergere i limiti di teorie eccessivamente astratte, di magnifici ponti, dove però poi nessuno riesce a passare, come appunto sosteneva Massimo D'Antona.

In conclusione, si assiste in questa tormentata area di confine a una delle più evidenti manifestazioni di quel vizio endemico dell'ordinamento lavoristico, che Giugni¹⁵ aveva individuato nella stratificazione alluvionale di norme mal fatte che poco o nulla si raccordano tra loro, con la particolarità qui che neppure si armonizzano con i prevalenti orientamenti giurisprudenziali.

Ciò in quanto il legislatore insegue da tempo una difficile quadratura del cerchio, tra finalità anti-fraudolente, esigenze di tutela, libertà costituzionale di scelta del tipo di lavoro, nel tentativo di stabilizzare quella parte di lavoro autonomo caratterizzato da mono committenza e da inserimento continuativo del collaboratore nell'organizzazione del committente, con assenza di rilevanti mezzi propri. Ma l'impressione è che su questa linea di confine, quanto più il legislatore giuridifica, tanto più sembra creare confusione e contraddizione, evocando l'immagine di chi è immerso nelle sabbie mobili, che più si agita e più sprofonda. La verità probabilmente è che se si vuole incidere razionalmente in questa materia è abbastanza illusorio limitarsi a modifiche sul versante della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative, se non si affronta la questione centrale riguardante la nozione di lavoro subordinato, andando alla ricerca di nuovi paradigmi al passo con i tempi che superino la concezione barassiana per arrivare finalmente a quella graduazione delle tutele a seconda, non tanto della sempre più sfuggenti modalità di esecuzione della prestazione, quanto piuttosto di criteri rivelatori della debolezza economica del collaboratore e della implicazione della sua persona, che costituiscono, nella sostanza, l'immutabile *ratio essendi* del diritto del lavoro.

15 G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni Ottanta*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 373.



LEGAL ASPECTS OF HEALTH AND SAFETY AT WORK IN ITALY: RECENT TRENDS AND PERSPECTIVES

Paolo Pascucci

Full professor of Labour law - University of Urbino Carlo Bo

Abstract [It]: il saggio sottolinea come la crisi finanziaria del 2008 e la pandemia abbiano influenzato significativamente i sistemi di produzione, i contratti di lavoro e i livelli occupazionali. Si sono diffusi nuovi metodi di organizzazione del lavoro che comportano sfide significative per i sistemi di protezione della salute e della sicurezza sul lavoro. In particolare, la crescente evanescenza di un luogo di lavoro stabile, a causa dei progressi tecnologici che implicano la delocalizzazione dei lavoratori sempre meno tenuti a mantenere posizioni fisiche fisse, comporta il passaggio da una "sicurezza sul luogo di lavoro" al più ampio concetto di "sicurezza del lavoratore". Pertanto, pare necessaria l'adozione di un sistema di prevenzione "non-fordista" che vada oltre i limiti spaziali e temporali del lavoro tradizionale in fabbrica, assicurando misure efficaci di salute e sicurezza anche per i lavoratori con contratti flessibili. Ruolo cruciale, nel processo di adattamento ai nuovi scenari del lavoro, è assolto dai sindacati e dai rappresentanti dei lavoratori.

Abstract [En]: the essay emphasizes how the 2008 financial crisis and the pandemic have significantly influenced production systems, employment contracts, and employment levels. Indeed, new methods of organizing work have emerged, posing significant challenges to existing systems for the protection of health and safety at work. In particular, the growing evanescence of a stable workplace, driven by technological advancements detaching jobs from fixed physical locations, leads to a shift from "safety in the workplace" to the broader concept of "worker safety". Therefore, the adoption of a "non-Fordist" prevention system turns out to be necessary, transcending the spatial and temporal limits of traditional factory work, ensuring effective health and safety measures for workers, even with flexible contracts. A crucial role in adapting to these new work scenarios is attributed to trade unions and workers' representatives.

SUMMARY: 1. The heritage of the pandemic. - 2. Changes in the work organization. The protection of health and safety for non-standard workers. - 3. Protection of health and safety and the growing evanescence of the workplace. - 4. Health and safety and smart working. - 5. Just in time production needs and health and safety at work. Rethinking safety training? - 6. For a "non-Fordist" prevention system. The importance of the organization, management and control models. - 7. Concluding remarks: health safety and safety at work, AI and environment.



1. The heritage of the pandemic.

The issue of health and safety at work - as well as that of the evolution of work - is an international level issue. For this reason, it is very important to study it in depth and in a comparative and European Union perspective.

With all its virulence, the pandemic has indeed insinuated itself into a socio-economic situation already deeply weakened by the long wave of the 2008 financial crisis, which had already caused serious effects on the organization of production systems, on the type of employment contracts and on employment levels¹.

In Italy, the pandemic crisis has also legitimized some methods for the organization of work that were struggling to establish themselves in the past, such as those based on the combination of digitalization and delocalization.

Even though the smart working adopted for precautionary reasons was only a “distant relative” of real smart working («agile work» pursuant to articles 18 and subsequent of the Law n. 81/2017), it has nevertheless contributed to sweeping away many prejudices about the possibility of working remotely².

On the other hand, the pandemic has also drawn attention to aspects - such as that of health and safety at work - that are usually somewhat neglected beyond the media emphasis following tragic accidents at work³.

The frequency of these tragedies immediately emerged again just after the end of the pandemic emergency.

2. Changes in the work organization. The protection of health and safety for non-standard workers

In the near future, but already today, work will be increasingly diversified, not only as regards the various more or less flexible employment contracts, but also for what concerns its phenomenology. This phenomenology tends to go beyond the traditional categories of space and time with which the work has traditionally been conceived.

In front of these scenarios, it could be difficult to affirm the principles of the framework directive no. 391/1989/CE, which, through the principle of “participatory prevention”, has

1 D. GAROFALO - M. TIRABOSCHI - V. FILÌ - F. SEGHEZZI, *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Adapt University Press, Modena, 2020.

2 R. ROMEL, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, pp. 431 ss.; M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, pp. 405 ss.

3 A. DELOGU, *La funzione dell'obbligo generale di sicurezza sul lavoro. Prima, durante e dopo la pandemia: principi e limiti*, Aras, Fano, 2021.



revolutionized the way of understanding the safety employer's obligation. This obligation in Italy has its roots in the old but evergreen article 2087 of the Civil code⁴.

Today those principles must deal with the continuous changes that affect production structures, industrial relations, as well as the same "paradigms" of Labour Law and of the employment relationship.

On the one hand, the internationalization of capital and the fragmentation of production chains often complicate the recognition of the identity of the employer.

On the other hand, despite the universal definition of "worker" provided in Italy by Legislative Decree no. 81/2008 - defined as the person who carries out a working activity within the organization of an employer regardless of the type of employment contract - in reality it is not easy to apply the discipline envisaged for the standard employees to non-standard workers or self-employed workers, who still organize their own business in a independent way even when their organization is a part of the production cycle of other producers.

In the case of flexible employment contracts (fixed term contract, agency work, part-time work, job on call), the adaptations must not concern the quantity of applicable protection, but its quality, which must necessarily take into account the main difference between these flexible contracts and the standard ones, consisting in the different level of contextualization of the worker within the company organization. After all, for what concerns atypical jobs, directive no. 91/383/CE requires "the guarantee not of the same safety measures" provided for other workers, "but of the achievement of the same level of protection", also through "differential" protection.

3. Protection of health and safety and the growing evanescence of the workplace

One of the most important aspects concerns the growing evanescence of a stable workplace.

If new technologies bring out jobs that are increasingly detached from a stable physical place of work, the equation "organization-workplace" is at risk of blurring.

Therefore, the organization in which the worker carries out his activity must be understood above all as the set of rules through which the employer's production project is carried out, and no longer just as a physical entity corresponding to a place⁵.

Consequently, if the employer's organization corresponds to the digital platform, there is a need for safety rules capable of "following" the worker and no longer calibrated only on a specific physical place. From this perspective, the need for "worker safety" emerges, rather than "safety in the workplace".

⁴ P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁵ C. LAZZARI, *Lavoro senza luogo fisso, de-materializzazione degli spazi, salute e sicurezza*, in *Labour & Law Issues*, n. 1, 2023, pp. 22 ss.



How must adequate protection for the health and safety of workers be organized, independently from a specific workplace that the employer does not control? How may we assess the risks beyond the boundaries of the company?

When the workplace tends to fade away, the risks to be assessed should be those which, at least in abstract terms, may be reasonably and predictably attributable to the execution of a delocalized work performance.

This entails the need for a careful analysis from the beginning of the work process, as, moreover, always imposes the principle of primary prevention according to which risks must be avoided or eliminated⁶.

After all, since the conformation of information and training obligations derives from the risk assessment⁷, the lack of availability and control of the places of the working activity could provoke specific difficulties in organizing the training. Training should therefore focus above all on the specific methods of carrying out the work activity, also making use of simulation techniques such as to allow the worker to learn the behaviors necessary from time to time in the various scenarios in which he operates.

4. Health and safety and smart working

These are very serious problems, mostly the case of smart working. Indeed, in this specific case, the fulfillment of the employer's safety obligation must not consist only in the delivery to the worker of the information on the risks required by article 22 of the Italian law no. 81/2017⁸.

Therefore, the specific individual agreement that the Law requires to activate smart working, in which the limits of the worker's mobility can also be identified, is crucial for the prevention purposes.

The problem becomes even more complex when the delocalization concerns self-employed workers, for whom the Italian protection discipline still appears too meager, recognizing only their right of training and health surveillance at their own expense. It is no coincidence that, by interpreting in a very flexible way an ambiguous legal provision of 2019, Italian case law has recognized to the riders working as self-employed the same protections given to the employees⁹.

6 B. MAGGI, *L'analisi del lavoro a fini di prevenzione*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 29, 2006, pp. 13 ss.

7 C. ALESSI, *La formazione in materia di sicurezza dopo il d.l. 21 ottobre 2021*, n. 146, in *Dir. sic. lav.*, n. 2, 2022, pp. 62 ss.

8 G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milano, 2023.

9 A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021; F. FERRARO, *Collaborazione coordinata e obbligo di sicurezza del committente*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, n. 4, 2023.



However, more than the need for the same protection, in such cases there is a need for specific rules capable of adapting to the peculiarities of the working activity that cannot easily be subsumed within the framework of general protection. Perhaps those workers might need less protection. Anyway, the legal rules should be designed ad hoc considering the delocalization of the working activity and the autonomy which characterizes self-employment.

5. Just in time production needs and health and safety at work. Rethinking safety training?

Another important issue concerns the reconciliation of effective protection of health and safety at work with the need of the companies to have workers capable of responding to changing production needs in an immediate and flexible way.

In this regard, it is necessary to rethink the concept of training for health and safety so that, in addition to representing an obligation of the employer, it might become a real and proper permanent asset of the worker.

At the very least, general training on the fundamental principles on health and safety at work should be given to the worker before the establishment of the employment relationship, as it must become a necessary requirement for the employability and even for the validity of some employment contracts.

In other words, it would be necessary to extend the “conditionality” regime that in Italy already exists for the validity of temporary or flexible employment contracts, in order to let it depend not only on the fact that the employer has carried out the risk assessment, but also on the fact that the worker has received at least general training for health and safety at work.

In Italy the issue of safety training is one of the most critical aspects of the legal discipline concerning prevention of risks at work.

There is a huge gap between reality and the definition of training provided by Legislative Decree no. 81/2008, pursuant to which defines training as an educational process aimed at creating skills and influencing mental habits.

Recently, an Italian Law envisaged the obligation to train the employer.

As for the workers, the obligation to train, which corresponds to the right to be trained, emphasizes the responsibility of the employees in terms of safety provided for in article 20 of the Legislative Decree no. 81/2008. According to this norm, the workers are entitled to a cooperation duty.

The accountability of the worker tends to increase when the work is performed outside the traditional premises of the company. It happens in smart working or in other situations in which the worker operates in other “places”.

Obviously, it does not imply an automatic exemption from employer responsibilities in the event of an injury.



Especially in these cases, the worker could and should have an active role in the training process, contributing to the identification of those training needs that may be very different from those that emerge in relation to “internal” work performed within the company premises.

In this regard, an important role may and must be played by the individual smart working agreement which should tailor-make the protective measures necessary for any individual worker. A pact, however, should be “guided” by collective bargaining, precisely because, as an individual agreement, it is conditioned by the strength of the employer.

Thus, in the case of flexible work, one may wonder whether the employer’s obligation to supervise the behavior of the worker should be interpreted taking into account both the level of competence acquired by the individual worker thanks to the training received, and that “substantial autonomy” that characterizes the job, even though it is always performed by an employee. Of course, this does not mean exempting the employer from the burden of supervision, but rather bringing this obligation within a sphere of reasonableness to be assessed according to the characteristics of each worker, the training received and, above all, how the employee has introjected such training¹⁰.

After all, if the worker has been provided with effectively adequate and sufficient training, this cannot fail to be noted in the assessment of any liability in the event of an injury. Indeed, there is an intimate connection established by the Law between training and safe work, without prejudice to additional assessments in relation to the employer’s responsibility.

6. For a “non-Fordist” prevention system. The importance of the organization, management and control models

In the light of the above, today a “non-Fordist” prevention system is deemed to be necessary. We need to go beyond the space and time limits of the traditional work in factories. The system should be capable of providing effective protection at the individual and collective level of the health and safety of workers, even when they work under flexible contracts or when they work outside the traditional workplace.

Such a prevention system, however, still requires an adequate organization of the participation of Trade Unions, also with regard to the fundamental contribution of the workers’ representatives to whom the new work scenarios pose new challenges.

After all, it would be illusory to address the problems of health and safety at work not considering that, precisely because it has to do with an organized economic activity, it must necessarily be considered from an organizational point of view.

This observation applies both with respect to the “genetic dimension” of health and safety problems - the source of risks is above all the organization of work - and with regard to the

10 P. TULLINI, *La formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *Dir. sic. lav.*, n. 1, 2017, pp. 75 ss.



“methodological profile” - it makes prevention effective in the company - which cannot disregard an organizational approach based on transparent and traceable procedures, contrasting the common opacity of the company organization.

In this regard, it is important to enhance the adoption and effective implementation of standard systems for the organization and management of health and safety at work. These are models recognized by the Italian legal system, which, in the event of serious injuries and without prejudice to the criminal individual liability, may exempt the company from administrative liability of legal entities according to the Legislative Decree no. 231/2001¹¹.

These models are based on procedures inspired by the famous Deming cycle (Plan, Do, Check, Act). They are also useful as a method to strengthen the certainty of the fulfillment of the prevention rules by the employer and his closest collaborators.

7. Concluding remarks: health safety and safety at work, AI and environment

In conclusion, two aspects are assuming a growing importance in the field of health and safety at work.

The first aspect concerns the psycho-social risks which are increasingly emerging in the world of work, especially - but not exclusively - due to the pervasiveness of Artificial Intelligence.

On the one hand, it is necessary to strengthen the assessment of the risks associated with work-related stress that Italian law has made mandatory for some time now. On the other hand it is necessary to take seriously the indications emerging in the proposal for a Directive of the European Union on improving working conditions in platform work, which warns against creeping risks deriving from automated work management and control systems.

In this regard, it should be considered that disconnection from the platform, even if it is not yet configured as a right, like in Italy, constitutes at any rate a preventive measure that the employer must not fail to adopt.

The second aspect concerns the connection between health and safety at work and the more general issue of the environment.

This is an aspect not limited to the problem of risks deriving from climate changes - recently also considered by the Italian Law - but also dealing with the environmental sustainability of entrepreneurial activities, as the Legislative decree n. 81/2008 provides when, in the definition of the concept of prevention, it also evokes respect for the health of the population and the integrity of the external environment.

¹¹ P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza sul lavoro, responsabilità degli enti, modelli organizzativi e gestionali*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2021, pp. 537 ss.

It is not easy to include the obligation to protect the external environment in the health and safety at work obligation. Anyway, it should not be overlooked that there is a link with legal basis between these two aspects.

Indeed, both crimes relating to serious injuries at work and environmental crimes are included in the list of crimes that constitute the prerequisite for the onset of administrative liability of companies according to the Legislative Decree no. 231/2001: as already noted, it is the liability from which the company might be exempt if it proves that the organization, management and control model is adopted and effectively implemented.

The model, based on specific management systems for the matters in question - occupational safety or the environment - must nonetheless possess certain common elements that are valid for different matters: an independent supervisory body, a disciplinary system and a code of ethics¹².

Therefore, due to the adoption of these models, the protection of safety at work and the defense of the environment constitute two important elements of an integrated corporate strategy that may push companies to undertake the necessary efforts towards a fair and sustainable development.

12 P. PASCUCCI, *Modelli organizzativi e tutela dell'ambiente interno ed esterno all'impresa*, in *Law. dir.*, 2022, pp. 335 ss.

PREPOSTI, ESERCIZIO DEL POTERE DISCIPLINARE ED EFFETTIVITÀ DELLA PREVENZIONE

Gabriella Leone *

Abstract [It]: Pur essendo uno dei principali soggetti in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, il preposto è sempre stato collegato a funzioni meramente esecutive. Dopo averne ripercorso l'evoluzione normativa, l'a. si sofferma sul ruolo che questo soggetto ricopre in relazione alla rilevanza disciplinare delle infrazioni commesse dal lavoratore, sottolineando gli effetti prodotti, in questa prospettiva, dalla riforma del 2021.

Abstract [En]: Despite being one of the main figures in the field of workplace safety, the so-called preposto (i.e. the supervisor) has always been linked to merely executory functions. After tracing its regulatory evolution, the Author focuses on the role that such a figure plays in relation to the disciplinary relevance of offences committed by workers, and underlines the effects produced, in this perspective, by the 2021 reform.

SOMMARIO: 1. Premessa: dalla tutela delle condizioni di lavoro alla prevenzione. Quale effettività? – 2. Il ruolo del preposto fra legge ed interpretazione giurisprudenziale – 3. La riforma del 2008 – 4. La valenza disciplinare delle infrazioni in materia di sicurezza commesse dai lavoratori – 4.1. (segue) L'informativa ai «superiori diretti» da parte del preposto: contenuto e funzioni – 5. Le modifiche apportate nel 2021 fra obbligo di individuazione del preposto ... - 5.1. ... e rafforzamento dei suoi compiti.

1. Premessa: dalla tutela delle condizioni di lavoro alla prevenzione. Quale effettività?

È noto come il tema della sicurezza sui luoghi di lavoro sia nato contestualmente all'adozione della normativa in materia di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, sebbene limitatamente al settore industriale. Le previsioni della l. 17 marzo 1898, n. 80, infatti, oltre ad affrontare il tema della mancanza di retribuzione in capo al lavoratore infortunato, in qualche modo superando l'incapacità del mutualismo ottocentesco di approntare misure efficaci rispetto ad un evento siffatto, sanciscono un embrionale obbligo di



prevenzione, gravante sui «*capi o esercenti delle imprese, industrie e costruzioni*», chiamati a «*prevenire gl'infortuni*» e a «*proteggere la vita e la integrità personale degli operai*» (art. 3 co. 1). Contestualmente, però, l'affermazione della teoria del *rischio professionale*, inteso come «il complesso di quelle cause di pericolo permanente, superiore a ogni cautela di sicurezza, e che risiedono nelle condizioni medesime dell'industria e nelle necessità che sono imposte al suo funzionamento»¹ ha di fatto messo in secondo piano il profilo prevenzionale, estraneo alla (allora imperante) percezione degli infortuni come inevitabili, il quale, riguardando l'evento generatore del bisogno, e non quest'ultimo, si appalesa del tutto estraneo alla logica risarcitoria perseguita dal legislatore del tempo.

È altrettanto noto come la conclamata affermazione di un obbligo di prevenzione e di protezione gravante sul datore di lavoro sia legata all'art. 2087 c.c., quale norma generale², dal contenuto precettivo volutamente non costretto da specificazioni che ne avrebbero limitato la portata³ e, dunque, al tempo stesso integrativa e sussidiaria della specifica normativa antinfortunistica, capace di chiudere il sistema⁴ con l'affermazione dell'obbligo datoriale di adottare ogni misura volta a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore, soprattutto dopo l'adozione dell'art. 32 Cost. La norma codicistica è al centro della sovrapposizione di diversi livelli di approccio al tema: quello civilistico, strettamente legato alla responsabilità ormai pacificamente contrattuale⁵ riconosciuta in capo al datore di lavoro, quello propriamente previdenziale, legato all'attivazione della normativa antinfortunistica come espressione, oggi, non più del rischio professionale, ma del bisogno espresso dall'art. 38 Cost., e quello pubblicistico, nella sua rilevanza anche per il diritto penale, originariamente esplicitata negli

1 *Ricercatrice nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro G. Fusinato.*

Gli infortuni sul lavoro alla Camera dei deputati, 1896, ora in Id., *Scritti giuridici*, Bocca, Torino-Milano-Roma, 1921, vol. II, p. 532.

2 Sottolinea come si tratti di una norma generale e non di una clausola generale P. Albi, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*. Art. 2087, in P. Schlesinger (fondato da)-F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 78 ss. e 220.

3 All'art. 2087 c.c. si deve riconoscere «una funzione di adeguamento permanente dell'ordinamento alla sottostante realtà socio-economica, che ha una dinamicità ben più accentuata di quella dell'ordinamento giuridico, legato a procedimenti e schemi di produzione giuridica necessariamente complessi e lenti» secondo Cass. Sez. Lav. 6 ottobre 1988, n. 5048. Da tale impostazione deriva che il contenuto della norma «è da intendersi estensibile a situazioni ed ipotesi non ancora espressamente considerate e valutate dal legislatore al momento della sua formulazione» ex Cass. Sez. Lav. 22 marzo 2022, n. 4129. Le sentenze citate, se non altrimenti indicato, sono consultabili su *dejure.it*.

4 Sulla perdurante validità dell'art. 2087 c.c. quale norma di chiusura del sistema, non solo nell'ambito penale L. Montuschi, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in C. Zoli (a cura di), *Principi comuni*, in L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, Torino, 2011, vol. 1, pp. 9-10.

5 Sul punto v., per tutti, A. PADULA, *Tutela civile e penale della sicurezza del lavoro*, Cedam, Padova, 1998, II ed., p. 67 ss.



artt. 437 e 451 c.p., giustificato dalla autorevole configurazione del diritto alla sicurezza del prestatore di lavoro come diritto assoluto⁶.

La declinazione, in termini più specifici, dell'obbligo gravante sul datore di lavoro è stata affidata alla legislazione speciale, ad iniziare da quella degli anni '50 del secolo scorso cui la dottrina⁷ ha riconosciuto il merito di aver costituito la prima forma di intervento organico e globale in tema di sicurezza del lavoro con effettive finalità di prevenzione, prendendo coscienza dell'evitabilità dell'infortunio o della malattia professionale, ed arrivando – in una ricostruzione di cui si perdonerà l'estrema sintesi – alla normativa di derivazione comunitaria, nelle due “tappe” del 1994 e del 2008. Al di là delle specifiche previsioni, mi pare del tutto condivisibile la lettura complessiva che di tale evoluzione è stata data⁸, partendo dal concetto di *prevenzione tecnologica*, con prescrizioni tassative che mirano alla predisposizione obbligatoria di un ambiente oggettivamente sicuro, non solo affidato alla prudenza e alla diligenza, passando per la costruzione di una *sicurezza comportamentale*, di matrice comunitaria, che, a quella tecnologica, affianca l'attenzione rispetto ai comportamenti che tutti i soggetti coinvolti nelle attività produttive devono tenere, e arrivando alla *sicurezza organizzata*. Il riferimento è, per un verso, all'esplicita individuazione, obbligatoriamente formalizzata del documento sulla valutazione dei rischi, non solo delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, ma anche «*dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere*», cui assegnare «*unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri*» (art. 28, co. 2, lett. d) del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81), ma anche, per altro verso, all'adozione e attuazione del modello «*organizzativo e gestionale per la definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e per la sicurezza*» (art. 2, co. 1, lett. dd)⁹, le cui caratteristiche sono indicate al successivo art. 30.

6 C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1974, III ed., pp. 69-70.

7 G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, UTET, Torino, 1995, p. 31.

8 M. PERSIANI-M. LEPORE, *Profilo storico legislativo del concetto di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali*, in ID. (diretto da), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, UTET, Torino, 2012, p. 10 ss. (spec. pp. 11, 13 e 14.)

9 In dottrina si è discusso circa la qualificazione del modello ex art. 30 in termini di obbligo o di onere: v., sul punto, Y. RUSSO, *Sicurezza e responsabilità “penale-amministrativa” degli enti collettivi: i modelli di organizzazione e gestione*, 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. 104; A. ANDREANI, *I modelli di organizzazione e di gestione*, in M. PERSIANI-M. LEPORE, *Il nuovo diritto*, cit., p. 481; G. D'ALESSANDRO, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo (art. 30-300 D.Lgs. n. 81/2008)*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, UTET, Torino, 2015, pp. 320-321; S.M. CORSO, *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 450. In giurisprudenza sembra prevalere la ricostruzione in termini di onere, precisandosi che l'assenza del modello, la sua inidoneità o la sua inefficace attuazione non sono *ex se* elementi costitutivi dell'illecito: v. Cass. Pen, Sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 18413. V. anche le sentenze riportate da R. GUARINIELLO, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, Ipsoa Wolters Kluwer, Milano, 2014, VI ed., pp. 444-445.



Un punto merita però di essere rimarcato: sul piano letterale, ancor prima che su quello del coordinamento sistematico, la tutela delle condizioni di lavoro cui tende l'art. 2087 c.c. è oggi, alla luce delle minuziose precisazioni della legislazione speciale, traducibile in un vero e proprio obbligo di prevenzione. Le misure che, nella disposizione codicistica, il datore di lavoro è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa, identificate dai parametri de «*la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica*» sono le stesse che il legislatore pedissequamente richiama nella definizione di *prevenzione* contenuta nell'art. 2, co. 1 lett. n) del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81¹⁰, con l'aggiunta, qui, della necessaria tutela anche della popolazione e dell'ambiente esterno al luogo di lavoro. Ne consegue, pertanto, che «*la tutela delle condizioni di lavoro*» del 1942 è oggi normativamente declinata innanzitutto in una logica preventiva, pur nella consapevolezza che i rischi potranno essere ridotti, ma mai azzerati del tutto¹¹.

L'attenzione conquistata sul piano teorico non equivale, però, ad una effettiva realizzazione della prevenzione nei luoghi di lavoro. Gli incidenti sono ancora troppi ed intollerabile è il numero di quelli mortali, nonostante un complesso normativo molto articolato e puntuale, affiancato dall'instancabile opera della giurisprudenza che ha ricostruito responsabilità penali anche in capo a quei soggetti esclusi, in tal senso, dalla normativa prevenzionale, quali il responsabile del servizio di prevenzione e protezione¹² e, più di recente, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza¹³. Ne scaturisce una riflessione quasi obbligata sulla reale capacità della dimensione penalistica della sicurezza di sostenerne una diffusa applicazione, per i modi ed i tempi con cui essa si sviluppa e sulla possibilità, invece, di rafforzare il rapporto fra prevenzione e valenza disciplinare dei comportamenti illeciti, concentrando l'attenzione sul ruolo che oggi riveste, in particolare, il preposto.

2. Il ruolo del preposto fra legge ed interpretazione giurisprudenziale.

Una delle caratteristiche dell'art. 2087 c.c. è di essere formalmente incardinata su un solo soggetto (l'imprenditore, *rectius* il datore di lavoro), pur con un'apertura indiretta ad un'organizzazione più complessa individuabile nel richiamato "esercizio dell'impresa", di cui altre norme codicistiche svelano, appunto, il possibile significato "al plurale" (per es., nell'art.

10 Sul punto v. S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. p. 38 ss.

11 Come sottolineato da P. PASCUCCI, *L'infortunio sul lavoro tra prevenzione, protezione, organizzazione ed effettività*, in G. CANAVESI-E. ALES (a cura di), *La tutela antinfortunistica oggi*, Ed. Scientifica, Napoli, 2020, p. 51, infatti, il «sistema di prevenzione aziendale» tiene conto di una quota di rischio ineliminabile e si articola nella cd prevenzione primaria, che incide a monte dell'insorgenza del rischio stesso, perché ne impedisce la manifestazione con la rimozione dell'agente capace di attivarlo (p. 58) e nella cd. prevenzione secondaria (o protezione), che ne fronteggia gli effetti prodottisi tentando di ridurli (p. 57).

12 Per tutte Cass. Pen., Sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11492.

13 Cass. Pen., Sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914.



2104 con il riferimento ai collaboratori del datore di lavoro), che, invece, nella materia *de qua* si afferma in modo esplicito solo nella legislazione speciale¹⁴.

Il d.p.r. 27 aprile 1955, n. 547 e il d.p.r. 19 marzo 1956, n. 303, infatti, introducono per primi la “triade” della sicurezza, individuando compiti che gravano, «nell’ambito delle rispettive attribuzioni e competenze» (art. 4 di entrambi i decreti), su datore di lavoro, dirigenti e preposti, figura professionale fino ad allora sconosciuta. Gli obblighi generali cui i decreti fanno riferimento attengono alla predisposizione di un ambiente sicuro, fornendo i mezzi di protezione (d.p.r. n. 303/1956), informando i lavoratori sui rischi cui sono esposti nello svolgimento delle mansioni e sulle norme essenziali di prevenzione, e verificando, infine, che le misure predisposte, e le direttive impartite, siano effettivamente applicate e rispettate. Le norme in questione non operano alcun riparto di questi compiti fra i tre soggetti, ma la dottrina precisa come esse prefigurino «un modello “cumulativo” e non privativo di responsabilità»¹⁵, per cui nella distribuzione dei compiti la responsabilità dell’uno non esclude quella dell’altra, svelando sin d’ora la posizione “rafforzata” del datore di lavoro che resta in ogni caso responsabile, innanzitutto, di *culpa in vigilando*. Per quello che qui interessa, si coglie l’esistenza di una gerarchia nell’organizzazione della sicurezza e si colloca il preposto sul suo livello più basso: si esclude che questi abbia compiti di organizzazione e di predisposizione delle misure protettive, affidandogli piuttosto compiti di sorveglianza e controllo dell’attività lavorativa¹⁶, richiedendogli di segnalare a datore di lavoro e dirigenti i comportamenti non corretti o qualsiasi disfunzione in materia prevenzionistica¹⁷. La giurisprudenza abbandona ogni logica formale e ricerca la concreta attribuzione di compiti in materia di sicurezza e l’effettivo svolgimento degli stessi, andando a colmare le lacune della legge: le sentenze applicano il cd. principio di effettività, per cui al di là delle formali qualificazioni giuridiche¹⁸, il preposto è chi si trova in una posizione di supremazia tale da porlo in condizione di dirigere l’attività lavorativa di altri lavoratori soggetti ai suoi ordini¹⁹ (cd. *preposto di fatto*).

Le cose non cambiano di molto con l’entrata in vigore del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, anzi, a ben guardare, si complicano. Si definisce solo chi è il datore di lavoro in materia di

14 «Se quindi gli illeciti in tema di sicurezza sul lavoro sono illeciti che nascono dall’organizzazione e nell’organizzazione si manifestano, tanto la loro prevenzione quanto la loro repressione presuppone un’ottica organizzativa, rivelandosi perciò miope pretendere di risolvere i problemi solo attraverso “l’individualizzazione” sia della prevenzione sia della repressione»: così P. PASCUCCI, *L’infortunio sul lavoro*, cit., p. 62.

15 L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1989, III ed., p. 105.

16 *Ex multis* Cass. Pen., Sez. IV, 8 febbraio 1980 e 21 dicembre 1995, n. 3483.

17 G. NATULLO, *La tutela*, cit., pp. 46-47.

18 Cass. Pen., Sez. IV, 26 ottobre 1990.

19 Nello stesso senso V. PASQUARELLA, *Il “nuovo” ruolo del preposto alla sicurezza nella “mini-riforma” del d. lgs. n. 81/2008*, in *Lavoro e giur.*, 2022, p. 784. In giurisprudenza v. per tutte Cass. Pen., Sez. IV, 1° marzo 1979; sez. III, 11 maggio 1981 e sez. IV, 21 giugno 1988.



sicurezza (art. 2, co. 1 lett. b, con la relevantissima modifica apportata successivamente dall'art. 2 del d. lgs. 19 marzo 1996, n. 242²⁰) e si individuano specifici compiti che spettano esclusivamente ad esso (ovvero valutazione dei rischi, elaborazione del relativo documento, designazione degli addetti del servizio di prevenzione e protezione e del relativo responsabile, nomina del medico competente: art. 4, co. 1 - 4), mentre, per il resto, i tre soggetti sono nuovamente accomunati in un'unica norma che elenca gli obblighi che sono tenuti ad attuare, peraltro molto più articolati rispetto al passato. Non mi pare, infatti, risolutiva la formulazione con cui si apre il co. 5 («il datore di lavoro, il dirigente e il preposto che esercitano, dirigono o sovrintendono le attività») giacché associa genericamente le tre funzioni ai tre soggetti, come rivela la loro elencazione al singolare seguita dalla coniugazione al plurale dei verbi, che dunque si riferiscono ad essi complessivamente, senza una specifica attribuzione di compiti. Distinte restano, invece, al pari della legislazione precedente, le sanzioni comminabili in caso di violazione dei suddetti obblighi (artt. 89 e 90), che però realizzano una sorta di «sovraesposizione»²¹ del ruolo dei preposti, coinvolti, così, anche nella mera predisposizione delle misure di sicurezza, nonostante l'orientamento giurisprudenziale teso, in realtà, a differenziare le violazioni configurabili in base alla «ripartizione interna ed istituzionale delle specifiche competenze»²².

Ancora una volta sono, quindi, i giudici a fare un po' di chiarezza, non più colmando lacune, ma correggendo il tiro di norme imprecise²³. Essi definiscono il preposto come colui che deve «controllare l'ortodossia antinfortunistica della esecuzione delle prestazioni lavorative»²⁴, che svolge, cioè, funzioni di immediata supervisione e di diretto controllo sulla esecuzione delle prestazioni lavorative, liberandolo, al tempo stesso, dalla responsabilità relativa ad obblighi che attengono, invece, più propriamente all'organizzazione e alla gestione

20 Si deve infatti a questa norma non solo la definizione di datore di lavoro in materia di sicurezza all'interno delle pubbliche amministrazioni, ma anche l'affermazione della rilevanza, nel settore privato, della titolarità effettiva dei poteri decisionali e di spesa ai fini della sua individuazione.

21 R. BARSANTI, *I preposti*, in M. PERSIANI-M. LEPORE, *Il nuovo diritto*, cit., p. 184. V. anche G. NATULLO, *La nuova normativa sull'ambiente di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1996, p. 700 (p. 665), che parla di «deviazione» verso obblighi e responsabilità tipicamente dirigenziali.

22 Cass. Pen., Sez. III, 18 gennaio 1984.

23 Qualifica le richiamate disposizioni del d. lgs. n. 626/1994 come «inconcipiabili» G. MARANDO, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 129 il quale precisa che «tutti i compiti che si vorrebbero irragionevolmente addossare ai preposti e che fuoriescono dalle loro capacità diventano null'altro che obbligo di segnalazione, uno dei fondamentali aspetti del dovere di vigilanza (p. 130).

24 Cass. Pen., Sez. IV, 1° giugno 2007, n. 21593, in *Ig. sic. lav.*, 2007, p. 520.



della sicurezza²⁵ e che, dunque, indipendentemente dalle più ampie indicazioni normative, spettano al datore di lavoro e al dirigente²⁶.

3. La riforma del 2008.

Le incertezze interpretative e la constatazione, forse, di inutili ed errate sovrapposizioni conducono il legislatore all'adozione della l. 3 agosto 2007, n. 123, con la quale si delega il Governo all'adozione di disposizioni per il riassetto e la riforma delle norme in materia di sicurezza, mirando, fra l'altro alla *«riformulazione e razionalizzazione dell'apparato sanzionatorio, amministrativo e penale, per la violazione delle norme vigenti e per le infrazioni alle disposizioni contenute nei decreti legislativi emanati in attuazione della presente legge, tenendo conto della responsabilità e delle funzioni svolte da ciascun soggetto obbligato, con riguardo in particolare alla responsabilità del preposto»* (art. 1, co. 2, lett. f). Per poter riscrivere l'apparato sanzionatorio, in altri termini, occorre riformulare diversamente anche i compiti a cui sono chiamati datore di lavoro, dirigente e, soprattutto, preposto, anche tenendo conto delle indicazioni che la giurisprudenza ha, nel frattempo, elaborato.

In via preliminare, il legislatore delegato fornisce la prima definizione normativa di preposto, che è una *«persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa»* (art. 2, co. 1 lett e del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81).

In secondo luogo, sono nettamente distinti i compiti del datore di lavoro (*«che esercita le attività»*: art. 18, co. 1) e dei dirigenti (*«che organizzano e dirigono le stesse attività»*), da quelli affidati ai preposti (art. 19), sanzionati ai sensi del successivo art. 56. Nel nuovo assetto normativo il preposto è esplicitamente chiamato ad una funzione esecutiva rispetto a scelte compiute dai vertici dell'organizzazione della sicurezza: essendo presente sui luoghi di lavoro, lavorando cioè a stretto contatto con gli altri lavoratori e con i fattori di rischio²⁷, egli deve dare attuazione concreta agli obblighi impartiti dal datore di lavoro e dal dirigente e deve vigilare sulla corretta esecuzione degli stessi da parte dei lavoratori²⁸. Nello specifico, queste

25 In senso conforme v. M. LEPORE, *I preposti*, in AA.VV., *Problemi della sicurezza nei luoghi di lavoro. Ricerche, giurisprudenza e prospettive di riforma*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, 2003, n. 5, p. 137 il quale sottolinea come la configurabilità di responsabilità dei preposti in relazione ad obblighi diversi da quello di vigilanza sia possibile solo in caso di delega di funzioni da parte del datore di lavoro. Nello stesso senso G. DE SANTIS, *Le altre posizioni soggettive rilevanti*, in V. MASÌA-G. DE SANTIS, *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, Jovene, Napoli, 2006, p. 41.

26 Cass. Pen, Sez. IV, 21 aprile 2006, n. 14192, in *Giur. it.*, 2007, p. 892.

27 G. BOLEGO, *Commento sub art. 19*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi*, cit., p. 189

28 V. PASQUARELLA, *Il "nuovo" ruolo*, cit., p. 784.



indicazioni di carattere generale si traducono nel dover «*sovrintendere e vigilare*» sulla osservanza da parte dei lavoratori degli obblighi di legge, delle disposizioni aziendali e dell'uso dei dispositivi di protezione (art. 19, co. 1, lett. a); nel «*segnalare tempestivamente al datore di lavoro o al dirigente*» sia deficienze di mezzi, attrezzature di lavoro o dispositivi di protezione individuale, sia «*ogni altra condizione di pericolo*» che si verifichi durante il lavoro (lett. f) e nel «*frequentare appositi corsi di formazione*» (lett. g), che gli consentiranno, sembrerebbe suggerire il tenore letterale della norma, di inquadrare correttamente le mancanze o i pericoli di cui alla lettera precedente. Ancora, il preposto è chiamato a “gestire” il «*rischio grave e specifico*», verificando l'accesso contingentato a zone in cui esso è presente (lett. b), e il «*pericolo grave e immediato*», informando i lavoratori interessati del rischio di tale pericolo e delle disposizioni prese o da prendere in materia di protezione (lett. d), astenendosi dal richiedere ai colleghi di riprendere l'attività se il suddetto pericolo persiste (art. e), salvo eccezioni debitamente motivate, ed infine, premessa la richiesta osservanza delle «*misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza*», gestendo l'abbandono del posto di lavoro o della zona pericolosa da parte dei lavoratori esposti «*al rischio di un pericolo grave, immediato e inevitabile*» (lett. c). E anche in questi casi, sebbene la norma non ne faccia alcuna menzione, credo che la capacità del preposto di valutare il suddetto pericolo sia sostenuta dalla specifica formazione che questi deve ricevere (art. 37, co. 7)²⁹ - che comprende esplicitamente «*la valutazione dei rischi*» -, e cioè dall'acquisizione di competenze che gli consentono di inquadrare correttamente la situazione e di prendere le decisioni più adatte³⁰. Il «*funzionale potere di iniziativa*» che la legge riconosce al preposto, dunque, evoca un compito esecutivo non

29 Il contenuto della formazione è rimesso ad un accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano. Nel momento in cui scrivo, nonostante l'indicazione contenuta nell'art. 13, co. 1, lett. d-*quinquies*) del d.l. 21 ottobre 2021, n. 146 conv. con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2021, n. 215, è ancora vigente quello del 21 dicembre 2011 (all. A), punto 5), che quantifica la formazione dei preposti in 8 ore aggiuntive rispetto a quelle previste per i lavoratori (4 ore di formazione generale ed una formazione specifica, che va da un minimo di 4 ore ad un massimo di 12 a seconda della gravità del rischio). La bozza del nuovo accordo eleva la formazione aggiuntiva per i preposti a 12 ore, riducendo l'aggiornamento da 5 a 2 anni e confermandone la durata minima di 6 ore. La legge, tuttavia, stabilisce che, «per assicurare l'adeguatezza e la specificità della formazione, nonché l'aggiornamento periodico dei preposti», le relative attività formative siano svolte necessariamente in presenza (art. 37, co. 7-*ter*), mentre nella bozza sembra prevista la possibilità di effettuare la formazione anche con video conferenza sincrona.

30 Sottolinea come sembra «tramontato il tempo in cui la funzione del preposto era essenzialmente basata sulla sua esperienza lavorativa e sull'ascendente che esercitava sui lavoratori a lui affidati; oggi questa figura è gravata da una serie di obblighi e responsabilità che giustifica, anzi esige, il possesso di adeguate cognizioni tecniche in materia di sicurezza del lavoro e quindi un adeguato processo formativo» M.R. GENTILE, *I dirigenti e i preposti*, in M. TIRABOSCHI-L. FANTINI, *Il testo unico*, cit., p. 333.



meramente passivo³¹, ma anzi connaturato da un certo margine di autonomia e discrezionalità³² che però si esplica nella sola dimensione del controllo e della vigilanza affidati a tale figura e non si sovrappone, come è stato detto³³, né al ruolo organizzativo e decisionale (anche in termini di spesa), ricoperto dal datore di lavoro, né a quello attuativo (ma non solo) delle direttive datoriali, attribuito al dirigente.

3.1. (segue) La rilevanza delle mansioni espletate.

Alcune precisazioni si rendono però necessarie, a partire dal rinvio, in verità contenuto anche nella disposizione relativa agli obblighi dei dirigenti, alle «*specifiche attribuzioni e competenze*» quale criterio di delimitazione della porzione di responsabilità in materia di sicurezza³⁴. I doveri prevenzionali gravanti su dirigenti e preposti (le *competenze*), infatti, sono attribuiti a titolo originario³⁵ dalla legge, per il solo fatto, cioè, di ricoprire una determinata funzione aziendale, e ciò a prescindere dalla loro eventuale specificazione da parte del datore di lavoro (le *attribuzioni*) mediante le ccdd. *deleghe di mera esecuzione*, che normalmente non comportano per quest'ultimo la dismissione del potere decisionale e della relativa responsabilità penale, ma anzi ne rafforzano quella per *culpa in eligendo* e *in vigilando*. Diverso è il caso, invece, in cui il datore di lavoro abbia fatto ricorso ad una *delega di funzioni*, con le modalità di cui all'art. 16 del d. lgs. n. 2008 e nei limiti di cui all'art. 17, con cui il delegante, autonomamente rispetto alle previsioni della legge, decide di trasferire al delegato uno specifico obbligo, unitamente ai necessari poteri per il suo adempimento e alla specifica responsabilità penale, senza, però, che la necessaria generale attività di controllo sull'attività del delegato venga meno. Emerge qui la distinzione fra *posizioni di garanzia*, individuate dalla legge, e *obbligazioni di garanzia*, che di quelle costituiscono il contenuto³⁶, laddove le prime sono inderogabilmente connesse, come ho più volte ripetuto, al ruolo concretamente rivestito nell'ambito dell'organizzazione aziendale³⁷, mentre le seconde possono essere oggetto di un trasferimento volontario di una quota di poteri e connesse responsabilità.

31 Attribuisce al preposto un compito di vigilanza "attiva" e, al tempo stesso, "passiva", fra gli altri, M. LAI, *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 76.

32 *Contra* sul punto P. GENITO, *Il ruolo dei preposti*, in L. ZOPPOLI-P. PASCUCCI-G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa Wolters Kluwer, Milano, 2008, p. 246, nonché ID., *B) Il ruolo dei preposti*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza*, cit., p. 591.

33 C. LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, *WP Olympus*, 2012, n. 7, p. 16.

34 Sul punto per tutti F. STOLFA, *Soggetti attivi e passivi dell'obbligo di sicurezza: individuazione e responsabilità*. A) *Datori di lavoro e dirigenti*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza*, cit., p. 578 ss.

35 Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 31 marzo 2006, n. 11351; 20 aprile 2011, n. 28779; 23 novembre 2012, n. 49821.

36 A. DE VIVA, *La delega di funzioni* in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza*, cit., spec. p. 353.

37 In merito la giurisprudenza ha sottolineato che la posizione di garanzia «non viene meno sol perché il titolare di essa rifiuta di esercitare i suoi poteri o consente che altri li svolgano per lui»: Cass. Pen., Sez. IV, 19 dicembre 2008, n. 47380.



D'altra parte, la giurisprudenza ha ripetutamente messo in evidenza tutti questi aspetti proprio in relazione alla figura del preposto di fatto, arrivando, come ho già ricordato, a sostenere un vero e proprio automatismo fra la posizione di preminenza che caratterizza questo lavoratore rispetto agli altri e l'obbligo di attuare le misure di sicurezza, esigendone il rispetto³⁸. E queste posizioni costituiscono il substrato da cui origina l'attuale art. 299³⁹ del d. lgs. n. 81/2008 che oggi esplicitamente stabilisce, non solo limitatamente al preposto, che l'acquisizione della veste di garante può aver luogo per effetto di una formale investitura, ma anche a seguito dell'esercizio in concreto di poteri giuridici riferiti alle diverse figure⁴⁰.

Queste sintetiche osservazioni consentono un'altra precisazione circa la possibilità che il lavoratore rifiuti di assumere il ruolo di preposto. In verità, posto che la sua individuazione è inscindibilmente connessa alle mansioni assegnategli all'interno dell'organizzazione aziendale, che lo pongono nella condizione di coordinare persone e mezzi (come ad es. nel caso di un caporeparto o di un caposquadra), tale ipotesi appare esclusa in radice, a meno che, ovviamente, il lavoratore medesimo non rinunci alle suddette mansioni. Si configurerebbe, in questo caso, una modifica delle mansioni «nell'interesse del lavoratore», con possibile mutamento anche dell'inquadramento legale e della retribuzione, ex art. 2103, co. 6 c.c.⁴¹, ovvero un licenziamento, presumibilmente per giustificato motivo oggettivo, qualora il datore di lavoro non sia nelle condizioni di collocarlo diversamente all'interno della propria organizzazione lavorativa.

4. La valenza disciplinare delle infrazioni in materia di sicurezza commesse dai lavoratori

Da quanto sinora detto emerge un altro punto di vista da cui osservare il tema in esame, ovvero la posizione dei lavoratori che, nell'ambito della sicurezza, rivestono il duplice ruolo di creditori della sicurezza e, al tempo stesso, di soggetti obbligati⁴² a tenere comportamenti dovuti nell'interesse non solo proprio, ma di tutti coloro che operano in un determinato contesto organizzativo ed anche della collettività⁴³.

38 Cfr. *ex multis* Cass. Pen., Sez. IV, 3 novembre 2010, n. 38691; 7 febbraio 2012, n. 41981; 28 febbraio 2014, n. 22246.

39 In relazione al suddetto articolo L. GALANTINO, *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, UTET, Torino, 2009, p. 20 parla di «validazione legale dell'avvenuta adozione del criterio dell'effettività». V. Anche I. CAIRO, *Il principio di effettività*, in F. CARINCI-E. GRAGNOLI, *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, UTET, Torino, 2010, p. 926 ss.

40 Cass. Pen., Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 49821.

41 G. LEONE, *La nuova disciplina delle mansioni: il sacrificio della professionalità "a misura d'uomo"*, in *Lavoro e giur.*, 2015, p. 1111.

42 Per tutti G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata*, in ID. (a cura di), *Salute e sicurezza*, cit., p. 29.

43 E. BALLETTI, *Commento sub art. 20*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi*, cit., p. 198.



Quando, infatti, si rimarca il principale compito del preposto, che è quello di vigilare sui lavoratori e, appunto, sui loro comportamenti, sostanzialmente si rinvia anche all'oggetto di tale attività e al contenuto degli obblighi su di essi incombenti. Ecco allora che nell'art. 20 del d. lgs. n. 81/2008 si delinea, per il lavoratore, un generale dovere di «*prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro*»⁴⁴ (co. 1), non penalmente sanzionato, seguito da obblighi specifici (co. 2)⁴⁵ che possono complessivamente ritenersi la declinazione, in materia di sicurezza, del generale obbligo di diligenza e di obbedienza incombente sul lavoratore medesimo (art. 2104 c.c.)⁴⁶. In questa prospettiva l'elencazione dei suddetti obblighi è accompagnata da espressioni modali («*correttamente*», «*in modo appropriato*», «*immediatamente*», «*non [...] senza autorizzazione*», «*non [...] di propria iniziativa*») che concorrono, a mio parere, anche avulse dal contesto letterale in cui sono inserite, ad evidenziare quanto la normativa in esame tenda ad attribuire al lavoratore, come altri hanno sostenuto, «*il ruolo di attore consapevole e fattivo nella costruzione di un ambiente di lavoro sicuro*»⁴⁷, anche, e soprattutto, attraverso l'informazione e la formazione che il datore deve far impartire in suo favore (artt. 36 e 37 del d. lgs. n. 81/2008). Dette espressioni identificano la prestazione lavorativa richiesta al dipendente e ne richiedono l'esatto adempimento, rafforzando il disvalore connesso ad una loro violazione nella prospettiva, non solo, del rispetto delle prescrizioni datoriali, ma, appunto, della tutela di se stesso e delle altre persone presenti sul luogo di lavoro. E, difatti, il generale limite al dovere di obbedienza, che consente di ritenere il prestatore non obbligato ad eseguire un ordine

44 Sul punto v. Cass. Pen., Sez IV, 15 maggio 2014, n. 36452 e 2 novembre 2018, n. 49885.

45 «*I lavoratori devono in particolare: a) contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; b) osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale; c) utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e i preparati pericolosi, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza; d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione; e) segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere c) e d), nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità e fatto salvo l'obbligo di cui alla lettera f) per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza; f) non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo; g) non compiere di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di loro competenza ovvero che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori; h) partecipare ai programmi di formazione e di addestramento organizzati dal datore di lavoro; i) sottoporsi ai controlli sanitari previsti dal presente decreto legislativo o comunque disposti dal medico competente*» (art. 20, co. 2).

46 Così anche M. MARTINELLI, *D) I lavoratori*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza*, cit., p. 641.

47 C. LAZZARI, *Gli obblighi di sicurezza del lavoratore, nel prisma del principio di autoresponsabilità*, in *Dir. sic. lav.*, 2022, n. 1, p. 4.



illegittimo o inadeguato sotto il profilo tecnico, e che configurerebbe in suo favore una sorta di *jus resistendiae*, trova proprio nella materia in esame una esemplificazione tipizzata nel diritto riconosciuto al lavoratore di non «*subire pregiudizio alcuno*» per i comportamenti assunti in caso di pericolo grave ed immediato, sebbene nei limiti che la norma stessa prevede (art. 44)⁴⁸.

La pretesa esecuzione di una prestazione lavorativa che sia funzionale all'azione preventiva, delineata dal complesso intreccio fra norme di legge e disposizioni aziendali, peraltro, appare giustificata non solo dalle sanzioni penali previste anche in capo al lavoratore (art. 59), ma anche dalla valenza contrattuale, riconosciuta in dottrina⁴⁹, al documento sulla valutazione dei rischi, che quelle disposizioni delinea. Correttamente, infatti, si ritiene che le prescrizioni ivi contenute costituiscano anch'esse parte integrante del contratto di lavoro, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1374 c.c., e ciò non solo nella prospettiva dell'azione da parte del lavoratore, avverso condotte omissive da parte del datore di lavoro, che potrebbe culminare nel rifiuto, *ex art. 1460 c.c.*⁵⁰, di eseguire la prestazione lavorativa potenzialmente pregiudizievole per la sua sicurezza, ma, ovviamente, anche nella direzione inversa. La prestazione di lavoro non è più semplicemente una prestazione da svolgersi nelle condizioni di sicurezza predisposte dal datore di lavoro, ma è una prestazione *sicura*, da realizzarsi, cioè, nel rispetto degli obblighi imposti dalla normativa prevenzionistica⁵¹ anche al lavoratore. Il ruolo ad esso riconosciuto si colloca nell'ambito di un'obbligazione «a struttura notevolmente complessa in relazione alla quale le due parti del rapporto obbligatorio si trovano entrambe ad interpretare, in un intreccio pressoché inestricabile, sia il ruolo di creditore sia quello di debitore»⁵², sebbene in forza di diversi titoli.

Se la prevenzione, dunque, affonda le sue radici anche nel contratto di lavoro, allo scopo di tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore (art. 2087 c.c.)⁵³ e questi, soprattutto in base alla previsione generale di cui all'art. 20 co. 1 del d. lgs. n. 81/2008, ha il dovere di collaborare con il datore di lavoro per la sua concreta attuazione, non solo in base alle norme, penalmente sanzionate, della legislazione speciale in materia di sicurezza, ma innanzitutto come espressione del dovere di diligenza e obbedienza che connotano l'esecuzione della prestazione lavorativa, conformata anche dal documento sulla valutazione dei rischi, ne consegue che il

48 V. F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 266 ss.

49 A. STOLFA, *Dall'obbligo agli obblighi di sicurezza. A) La valutazione dei rischi*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza*, cit., pp. 702-703.

50 Da ultimo, per tutte, Cass. Sez. Lav. 12 gennaio 2023, n. 770, in *Lavoro e giur.*, 2023, p. 930 ss.

51 M. CORRIAS, *Sicurezza e obblighi del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 115.

52 P. PASCUCCI, *Sicurezza sul lavoro e cooperazione del lavoratore*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2021, p. 428.

53 Sull'esercizio vincolato del potere disciplinare, anche in relazione all'art. 2087 c.c., v. P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza*, cit., p. 260.



datore di lavoro può, e deve⁵⁴, sanzionare ogni comportamento difforme innanzitutto sul piano disciplinare⁵⁵. Mi pare, infatti, del tutto condivisibile la posizione di quanti⁵⁶ ricostruiscono l'esercizio del potere disciplinare⁵⁷ in materia di sicurezza in termini di obbligo, e non di onere⁵⁸, proprio al fine di raggiungere quella prevenzione che la legge persegue e che nella realtà appare così lontana, tanto più che il datore di lavoro potrebbe così agire anche nei confronti del lavoratore formalmente adempiente che, invece, ha sostanzialmente disatteso le indicazioni ricevute. La sanzionabilità penale delle infrazioni in materia di sicurezza non è, però, irrilevante, rispetto alla loro valenza disciplinare, poiché essa non rende necessario il loro inserimento nel codice disciplinare⁵⁹, con connesso onere di pubblicità tramite affissione: si è, infatti, fondatamente sostenuto⁶⁰ che, qualora la condotta del lavoratore integri l'ipotesi di un reato, si tratterebbe di comportamenti «posti in essere in violazione di obblighi di legge [...] che non abbisognerebbero di una specifica previsione del codice, perché già individuati da fonti autonome e preesistenti rispetto a quest'ultimo, e pertanto noti al lavoratore» anche attraverso, ovviamente, l'informazione e, soprattutto, la formazione ricevuta⁶¹. Il che consente di rimarcare, ancora una volta, come quest'ultima costituisca il principale limite alla partecipazione attiva e dovuta dai lavoratori, insieme alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro, e rilevi, come si vedrà, anche sul piano della esatta individuazione di eventuali loro responsabilità disciplinari.

54 P. PASCUCCI, *Sicurezza sul lavoro*, cit., p. 427.

55 Sulla valenza disciplinare degli illeciti imputabili al lavoratore in materia di sicurezza v, per tutti, R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 185; M. CORRIAS, *op. cit.*, p. 128 ss. In giurisprudenza v. Cass. Pen, Sez. IV, 28 marzo 2006, n. 10617; Cass. Sez. Lav., 26 gennaio 1994, n. 774.

56 P. PASCUCCI, L. ANGELINI, C. LAZZARI, *I "sistemi" di vigilanza e di controllo nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro*, in *Lav. dir.*, 2015, 625-626, nonché E. BALLETTI, *Commento*, cit., p. 219 e P. PASCUCCI, *Sicurezza sul lavoro*, cit., p. 431 ss.

57 Sulla funzionalizzazione dei poteri del datore di lavoro e, dunque, anche del potere disciplinare rispetto alle finalità di tutela perseguite dall'ordinamento, v. C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Franco Angeli, 2015, p. 63 ss.

58 C. ZOLI, *Gli obblighi e i diritti individuali dei lavoratori dipendenti*, in *Lavoro e giur.*, 1995, p. 806, il quale però giunge a tale conclusione ragionando circa l'eventuale responsabilità penale del datore di lavoro per non aver punito il dipendente.

59 Non è trascurabile, in tal senso, l'apporto della contrattazione collettiva che spesso provvede ad inserire fra le infrazioni disciplinari «qualsiasi mancanza che porti pregiudizio alla disciplina [...] all'igiene ed alla sicurezza dello stabilimento», come nel caso dell'art. 9 co. 1 lett. l, titolo VII, sez. IV del CCNL 5 febbraio 2021 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti.

60 C. LAZZARI, *Il codice disciplinare*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET, Torino, 2012, p. 52.

61 Sul ruolo centrale della formazione nel sistema di prevenzione aziendale v. P. TULLINI, *La formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *Dir. sic. lav.*, 2017, n. 1, p. 75 ss.



4.1. (segue) L'informativa ai «superiori diretti» da parte del preposto: contenuto e funzioni

Nell'articolato normativo del 2008 sono, peraltro, rinvenibili elementi testuali che evidenziano la rilevanza, anche disciplinare, degli illeciti in materia di sicurezza, ad iniziare dall'art. 30 co.3 che, fra gli altri requisiti che il modello di organizzazione e di gestione, qualora adottato⁶², deve possedere per potersi escludere la responsabilità anche dell'organizzazione, menziona un idoneo «sistema disciplinare». Esso è, però, supplementare rispetto a quello incentrato sull'art. 7 dello Statuto dei lavoratori ed è finalizzato ad evitare la commissione di un cd. reato presupposto, posto in essere da soggetti anche esterni rispetto all'organizzazione aziendale i quali, tuttavia, operano o svolgono attività in nome e per conto di essa⁶³.

In termini diversi, anche perché supporta la prevenzione della mera condizione di pericolo, va invece richiamato l'art. 19, co. 1 lett. a) che, proprio in relazione agli obblighi del preposto, stabilisce che questi, sovrintendendo e vigilando «sulla osservanza da parte dei singoli lavoratori dei loro obblighi di legge, [...] delle disposizioni aziendali» in caso di persistenza della inosservanza deve informare i «loro superiori diretti». Il riferimento è, in questa norma, non tanto, e non solo, ai “superiori” del preposto in materia di sicurezza, ovvero il datore di lavoro e il dirigente - i quali, a mio avviso, dovranno comunque essere informati, alla luce della previsione, volutamente indeterminata, dell'obbligo, incombente sul preposto, di segnalare loro «ogni altra condizione di pericolo che si verifichi durante il lavoro» (art. 19, lett. f)-, quanto a quelli del lavoratore, nell'ambito della più generale organizzazione del lavoro, i quali dovranno, presumibilmente, aprire il procedimento disciplinare a suo carico. L'oggetto dell'informativa,

62 Sul dibattito circa l'obbligatorietà o meno dell'adozione del modello di organizzazione e di gestione v., fra gli altri, M. GIOVANNONE, *Modelli organizzativi e sicurezza sui luoghi di lavoro alla prova del Covid-19 e a vent'anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir. sic. lav.*, 2022, n. 1, p. 98.

63 Il meccanismo esimente della responsabilità dell'organizzazione interessata è subordinato all'effettiva attuazione del modello di organizzazione e di gestione che deve prevedere, fra gli altri, come ho detto, questo idoneo sistema disciplinare, idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello medesimo, che non è però previsto nelle linee guida UNI-INAIL e BS OHSAS 18001:2007. In proposito, la lettera circolare del Ministero del Lavoro 11 luglio 2011 n. 15816, che ha recepito il relativo documento della Commissione consultiva permanente, evidenzia molto bene come il sistema disciplinare, qui richiamato, si traduca nell'adozione di procedure per individuare e sanzionare comportamenti che possono favorire la commissione dei reati previsti nell'art. 300 del d.lgs. 81/2008 (omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro), nonché il mancato rispetto delle misure previste nel modello medesimo. Allo stesso tempo, trattandosi di una prospettiva diversa rispetto al mero esercizio del potere direttivo e disciplinare nei confronti dei propri dipendenti, l'organizzazione deve definire idonee modalità per selezionare, tenere sotto controllo e, ove opportuno, sanzionare collaboratori esterni, appaltatori, fornitori e altri soggetti aventi rapporti contrattuali con essa, inserendo, nei singoli contratti, specifiche clausole applicative con riferimento ai requisiti e ai comportamenti richiesti ed alle sanzioni previste per il loro mancato rispetto, fino alla risoluzione del contratto medesimo (punto 2).



sottratta a qualsiasi valutazione discrezionale del preposto circa la sua adozione, è, infatti, non l'inosservanza in sé, ma il permanere della stessa – nonostante il probabile diretto intervento del preposto, che avrà quantomeno già richiamato il lavoratore⁶⁴ -, ovvero una sorta di “recidiva” rispetto ad un comportamento inadempiente. Può, dunque, affermarsi che la valutazione circa la valenza di tale «*persistente inosservanza*» sul piano anche disciplinare sia insita già nell’informativa medesima, la cui previsione sarebbe, altrimenti, inutile. C’è infatti una sostanziale differenza fra l’obbligo di informare (anche) i superiori diretti del lavoratore e quello di segnalare (solo) al datore di lavoro e ai dirigenti in materia di sicurezza le deficienze dei mezzi e delle attrezzature (art. 19, lett. f). Mentre questi ultimi, infatti, sono le figure apicali dell’organizzazione della sicurezza, che hanno predisposto le regole e adottato le misure ad essa inerenti, e che devono intervenire per rimuovere la condizione di pericolo, i primi sono soggetti che potrebbero, astrattamente, non avere alcuna competenza specifica in materia di sicurezza, ai quali si richiede di agire sul piano disciplinare, avviando il procedimento e valutando la sanzione applicabile al lavoratore, alla luce di un comportamento, prolungato nel tempo, oggettivamente rilevato dal preposto. Nelle due diverse previsioni dell’art. 19 c’è, però, il medesimo fine: realizzare quella prevenzione che costituisce il fulcro delle norme in materia di sicurezza e, dunque, intervenire con la maggiore celerità possibile, possibilmente prima del concretizzarsi di danni a cose e, soprattutto, a persone.

Ciò implica che nell’ambito delle pubbliche amministrazioni, dove il procedimento disciplinare è regolato dall’art. 55*bis* del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nei casi in cui il preposto sia il «*responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente*», titolare tanto del potere di irrogare la sanzione del rimprovero verbale (co. 1) quanto dell’obbligo di segnalare, all’ufficio per i procedimenti disciplinari, «*i fatti di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza*» (co. 4), l’irrogazione del rimprovero verbale, o la segnalazione all’ufficio competente, sarà fatta dal preposto medesimo. Laddove, invece, questa coincidenza soggettiva non ci sia, mi pare configurabile, in capo al preposto, il potere di effettuare autonomamente la suddetta segnalazione al predetto ufficio, tanto più che il legislatore prevede, in linea generale, che quest’ultimo possa avere «*altrimenti [...] piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare*».

Questo ragionamento vale, ovviamente, nell’ambito del lavoro subordinato e, aggiungerei, certamente di quello svolto “in presenza”⁶⁵, visto che la normativa in materia di sicurezza

⁶⁴ Nello stesso senso M. LAI, *Le novità in materia di salute e sicurezza del lavoro nella legge n. 215/2021*, in *Lav. dir. Eur.*, 2022, n. 1, p. 6.

⁶⁵ V. P. PASCUCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in *Dir. sic. lav.*, 2019, n. 1, p. 22 secondo il quale «l’emersione dei nuovi lavori, sempre più sganciati dal rilievo di uno stabile luogo fisico, induce a valutare l’opportunità di modulare la tutela tenendo conto che sempre più spesso la prestazione è eseguita in più luoghi non necessariamente deputati



conosce da tempo il concetto di lavoro a distanza (art. 3, co. 10), nella cui regolamentazione il preposto non è mai richiamato, ponendosi maggiormente l'attenzione, direi correttamente, sulla posizione del datore di lavoro⁶⁶. È tuttavia noto che il d. lgs. n. 81/2008, riferendosi, almeno formalmente, «a tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati» (art. 3, co. 4)⁶⁷, ferme restando le previsioni dei commi successivi, allarga lo sguardo protettivo oltre il confine del lavoro subordinato tanto da affermare l'applicazione delle disposizioni del decreto medesimo⁶⁸, ivi incluse quelle relative alla responsabilità penale, ai collaboratori coordinati e continuativi che svolgano la propria prestazione nei luoghi di lavoro del committente⁶⁹, senza tuttavia aver mai predisposto uno specifico statuto protettivo in loro favore. Come è stato correttamente osservato⁷⁰, i precetti antinfortunistici sono stati semplicemente “adattati”, sebbene le peculiarità del lavoro parasubordinato creino, all'interprete, non poche difficoltà, a cominciare, per quello che qui interessa, da quella di imporre loro gli obblighi dei lavoratori subordinati in assenza di soggezione ai poteri datoriali, a partire da quello, appunto, disciplinare⁷¹. È, tuttavia, indubbio che alcune previsioni relative agli obblighi dei lavoratori *ex art. 20* siano estensibili oltre i confini della subordinazione, e fra queste c'è certamente l'obbligo di osservare le disposizioni e le istruzioni impartite da datore di lavoro, dirigenti e preposti. Questi ultimi, quindi, rilevando l'eventuale violazione da parte del collaboratore⁷², potranno intervenire così come

esclusivamente al lavoro o che assumono la dimensione di luogo di lavoro solo perché le modalità della prestazione consentono di svolgerla pressoché ovunque, a prescindere dal fatto che tali luoghi siano nati per accogliere lavoro».

66 Sul tema, da ultimo e per tutti, G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, 2023, spec. p. 312 ss.

67 Per l'estensione della disciplina al lavoro parasubordinato sotto la vigenza del d. lgs. n. 626/1994 v. M. LAI, *Sicurezza del lavoro e rapporto di collaborazione coordinata e continuativa*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, spec. p. 315 ss.

68 Si ripropone, in questa prospettiva, anche il problema dell'estensione del campo di applicazione dell'art. 2087 c.c. su cui v., per tutti, C. LAZZARI, *Il potere direttivo oltre la subordinazione? Prime osservazioni dal punto di vista dell'obbligo datoriale di sicurezza*, *WP Olympus*, 2012, n. 16, p. 11.

69 Aprendo così al dibattito circa la differenza fra lavoratori parasubordinati “interni” ed “esterni” e la configurazione di una violazione dell'art. 3 Cost.: v., per tutti, P. PASCUCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, *WP Massimo D'Antona*, 2008, n. 73, p. 47 ss.

70 V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del D. Lgs. n. 81/2008*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza*, cit., p. 507

71 A. DELOGU, *La definizione di lavoratore in materia di salute e sicurezza: dall'universalità della tutela ai nuovi bisogni di tutela*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, n. 1, p. 74.

72 V. L. FANTINI, *I componenti l'impresa familiare, i piccoli imprenditori, i lavoratori autonomi*, in M. TIRABOSCHI-L. FANTINI, *Il testo unico*, cit., p. 403, secondo cui «da tale sequela di doveri pare di poter desumere che il legislatore delegato abbia optato per il riconoscimento, in capo al committente, di un vero e proprio potere direttivo in tema di tutela della salute e della sicurezza [...] con conseguente



la legge oggi prevede (v. *infra*), informando, cioè, sia i soggetti competenti in materia di sicurezza sia quelli abilitati ad adottare conseguenze sanzionatorie, diverse da quelle strettamente disciplinari, desumibili dalla disciplina generale dei contratti⁷³, e che sarebbe preferibile individuare esplicitamente nel contratto di collaborazione.

5. Le modifiche apportate nel 2021 fra obbligo di individuazione del preposto ...

Orbene, sulla valenza disciplinare dell'informativa inviata dal preposto e sul suo ruolo rispetto al comportamento non corretto del lavoratore contribuisce a fare luce la riforma del 2021, che ha chiarito alcuni punti rimasti finora in ombra.

L'art. 13 del d.l. n. 146/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 215/2021, infatti, è intervenuto, su sollecitazione di un'apposita Commissione parlamentare di inchiesta⁷⁴, su alcune previsioni del decreto del 2008 attinenti alla vigilanza, esterna ed interna al luogo di lavoro e, dunque, anche al ruolo del preposto.

Innanzitutto, agli obblighi incombenti sul datore di lavoro – e, in verità, anche sui dirigenti⁷⁵ – si aggiunge oggi quello, penalmente sanzionato di «*individuare il preposto o i preposti*» (art. 13, lett. d-*bis*) al fine, probabilmente, di rafforzare la «*regolare investitura*» evocata dall'art. 299 del d. lgs. n. 81/2008 e ridurre al minimo la presenza dei preposti di fatto, così come, d'altronde, già fa la specifica attività formativa ad essi destinata, che mette i soggetti interessati nelle condizioni di prendere atto dei loro compiti in materia di sicurezza, con consistente riduzione dei casi di “inconsapevolezza”⁷⁶. La novella, dunque, sembra rafforzare sul piano formale un

dovere di conformazione incombente sul collaboratore. [...] ne consegue che il comportamento del collaboratore difforme dalle direttive in materia di salute e sicurezza del committente [...] si configura come inadempimento che, in quanto tale, potrebbe legittimare il recesso del committente per giusta causa».

73 C. LAZZARI, *Gli obblighi di sicurezza*, cit., p. 9.

74 Ci si riferisce alla Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni del lavoro in Italia, sullo sfruttamento e sulla sicurezza nei luoghi di lavoro pubblici e privati, istituita con delibera del Senato della Repubblica del 31 ottobre 2019 (G.U. serie generale dell'8 novembre 2019, n. 262).

75 R. GUARINIELLO, *Nuove norme sulla sicurezza del lavoro. La legge n. 215/2021 commentata*, Wolters Kluwer, Milano, 2022, p. 9 ss.

76 *Contra* V. PASQUARELLA, *Il “nuovo” ruolo*, cit., p. 786. La Cassazione penale, peraltro, ha già evidenziato in passato come la mancata formazione, denunciata da un preposto chiamato a rispondere di un infortunio mortale, non escluda la responsabilità di quest'ultimo poiché ove il soggetto non si senta «preparato a svolgere tali funzioni, proprio perché non specificamente formato, non avrebbe dovuto assumerle. In tali casi, infatti, l'addebito di colpa consiste proprio nell'aver intrapreso un'attività che non si è in grado di svolgere adeguatamente, non avendo le conoscenze o le capacità necessarie (c.d. colpa per assunzione). Infatti, l'esplicare le mansioni inerenti a un determinato ruolo, nel contesto dell'attività lavorativa, comporta la capacità di saper riconoscere ed affrontare i rischi e i problemi inerenti a quelle mansioni, secondo lo standard di diligenza, di capacità, di esperienza, di preparazione tecnica richiesto per il corretto svolgimento di quel determinato ruolo, con la correlativa assunzione di



processo già in atto, certamente contribuendo a dare maggiore certezza (e forse pubblicità) all'organigramma aziendale in materia di sicurezza. L'atto del datore di lavoro, in altri termini, ha il compito di formalizzare⁷⁷ ciò che la realtà organizzativa già mostra, poiché sono le mansioni assegnate al preposto, ad attribuirgli obblighi e responsabilità prevenzionali, e ciò pare confermato dalla stessa espressione utilizzata dal legislatore⁷⁸ che, infatti, non richiede al datore di lavoro (o ai dirigenti) di «designare» o di «nominare» questa figura, come fa per esempio, in relazione al responsabile del servizio di prevenzione e protezione (art. 17 lett. b) o al medico competente (art. 18, lett. a), ma, appunto, di *individuare*. L'utilizzo del sostantivo "preposto" al singolare e al plurale nel citato art. 13 preannuncia, nel disegno del legislatore, ciò che la relativa sanzione penale, in caso di inadempimento, conferma, e cioè che l'individuazione debba avvenire in ogni caso⁷⁹, nelle realtà complesse, dove i preposti saranno più di uno, come in quelle più piccole. In quest'ultimo caso, peraltro, la risposta ad un recente interpello ha precisato che, proprio alla luce di tale obbligatoria formalizzazione, il datore di lavoro possa individuare se stesso come preposto solo in casi eccezionali⁸⁰, di fatto limitati alla presenza di un solo lavoratore dipendente il quale, ovviamente, non può essere il preposto di se stesso⁸¹.

Conferma ulteriore della obbligatoria individuazione del preposto, infine, può essere tratta da un'altra previsione della novella del 2021, e cioè l'art. 13 co. 1 lett. *d-quater*, il quale, introducendo il co. 8-*bis* all'art. 26 del d. lgs. n. 81/2008, prevede l'obbligo per i datori di lavoro appaltatori o subappaltatori di indicare espressamente, al committente, il proprio personale che svolge la funzione di preposto: è, dunque, ragionevole ritenere che, qualora il preposto del committente, all'interno dei luoghi di lavoro di quest'ultimo, ravvisi un comportamento non

responsabilità. Ne deriva che chi, non essendo all'altezza del compito assunto, espliciti una certa funzione senza farsi carico di procurarsi tutti i dati tecnici e le conoscenze necessarie per esercitarla adeguatamente, nel caso in cui ne derivino dei danni, risponde di questi ultimi»: v. Cass. Pen., Sez. IV, 10 aprile 2017, n. 18090.

77 Sottolinea come nell'atto di nomina si debba richiamare il contenuto del documento di valutazione dei rischi R. GUARINIELLO, *Nuove norme*, cit., p. 9.

78 Sul punto v., anche M. BENOZZO, *Le novità sul preposto tra individuazione e formazione*, in *Ig. sic. lav.*, 2022, pp. 192-193.

79 *Contra* M. GALLO, *Preposto, come individuarlo. La parola al ministero, Ambiente & Sicurezza*, 2024, n. 2, p. 40 il quale invece ritiene che l'individuazione del preposto sia legata alla valutazione dei rischi, all'organizzazione del lavoro e alla complessità aziendale, ovvero, in sintesi, che sia obbligatoria solo nelle realtà in cui «ha senso, sul piano prevenzionistico, che il preposto venga individuato per sovrintendere il lavoro altrui e vigilare».

80 *Contra* A. SCARCELLA, *Responsabilità penale del preposto*, in *Guida alle paghe*, 2024, n. 2, p. 121.

81 Interpello 23 novembre 2023, n. 5. Il principio, peraltro, era già stato affermato dalla giurisprudenza in materia di delega di funzioni, non potendo riconoscere in capo al lavoratore «al contempo la qualità di debitore e creditore dei doveri di sicurezza» a garanzia della propria salute (Cass. Pen., Sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 46769).



corretto da parte di dipendenti dell'appaltatore debba immediatamente coinvolgere il suo omologo nella struttura dell'appaltatore, il quale potrà, così, tempestivamente intervenire sui lavoratori interessati.

Molto significative sono anche le altre due previsioni contenute in questa prima modifica apportata dalla legge del 2021, ad iniziare da quella che consente alla contrattazione collettiva, evidentemente di qualsiasi livello, di prevedere specifici emolumenti spettanti al preposto per lo svolgimento delle attività di vigilanza, quale possibile forma di compensazione economica della maggiore "onerosità" delle mansioni espletate. Ma, soprattutto, il legislatore specifica oggi che «*il preposto non può subire pregiudizio alcuno a causa dello svolgimento della propria attività*» introducendo anche in capo a tale figura, ben più coinvolta sul piano dell'intervento immediato e continuo nei confronti degli altri lavoratori, quanto già previsto in relazione agli addetti e al responsabile del servizio di prevenzione e protezione (art. 31 co. 2), specie se interno, e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (art. 50, co. 2). E occorre rimarcare che, se l'erogazione economica attiene specificamente alla sola attività di vigilanza, come induce a ritenere il rinvio letterale al periodo precedente della disposizione, che menziona solo questa, l'esclusione di conseguenze pregiudizievoli in capo al preposto riguarda la sua attività in generale, ivi inclusi, dunque, atti e decisioni ulteriori, connessi e derivanti dalla vigilanza in senso stretto, qual è, per l'appunto, a mio avviso, anche l'informativa inviata ai superiori diretti del lavoratore.

5.1. ... e rafforzamento dei suoi compiti

Le modifiche più rilevanti, nell'economia del presente lavoro, sono però quelle contenute nella successiva lett. *d-ter* dell'art. 13, che riscrive la lett. a) dell'art. 19 del d. lgs. n. 81/2008, in merito agli obblighi incombenti sul preposto, e vi aggiunge la lett. *f-bis*, che ne delinea esplicitamente il ruolo proattivo.

Partendo da quest'ultima previsione, la novella del 2021 irrobustisce la vigilanza "oggettiva", ovvero riferita alle «*deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro*» e ad «*ogni condizione di pericolo rilevata*», poiché autorizza il preposto ad interrompere temporaneamente l'attività dei lavoratori interessati, intervenendo tempestivamente, e segnalando anche le «*non conformità rilevate*». Mi sembra una sorta di formalizzazione procedurale non solo, semplicemente, della situazione pericolosa (già prevista dall'art. 19, lett. f), ma soprattutto del *perché* lo è, in cui si deve probabilmente dare conto della rapida valutazione delle circostanze a cui è stato chiamato il preposto, nonché della eventuale interruzione dell'attività che abbia disposto (lett. *f-bis*), per la quale, come detto, non potrà subire pregiudizio alcuno. Questa segnalazione che, altrimenti argomentando in ordine al suo contenuto, sarebbe la mera ripetizione di quanto sancito nella lettera precedente, è rivolta non al datore di lavoro o al dirigente, alternativamente, ma ad entrambi, perché possano presumibilmente intervenire,



soprattutto in caso di temporanea interruzione, nell'esercizio dell'attività, l'uno, e nell'organizzazione e direzione della stessa, l'altro.

Ma, soprattutto, il legislatore del 2021 rafforza notevolmente la vigilanza "soggettiva", ovvero l'obbligo di sovrintendere e vigilare sui comportamenti dei lavoratori, poiché esplicitamente richiede oggi al preposto di *intervenire* fin dalla prima «rilevazione di comportamenti non conformi alle disposizioni e istruzioni impartite dal datore di lavoro e dai dirigenti», per modificarli «fornendo le necessarie indicazioni di sicurezza», e di «interrompere l'attività del lavoratore» in caso di «mancata attuazione delle disposizioni impartite» (dal preposto medesimo) o di «persistenza dell'inosservanza», informandone i superiori diretti del lavoratore medesimo. Il preposto è dunque chiamato ad un intervento ben più tempestivo e ampio del passato, che non presuppone più la sola recidiva del lavoratore: gli si richiede, infatti, di indicare a quest'ultimo non solo il comportamento difforme rispetto alle disposizioni ed istruzioni ricevute, ma anche, e soprattutto, di modificarlo, adottando quello corretto. Si configura, in altri termini, una sorta di addestramento "straordinario" – per il quale il preposto mi sembra, peraltro, del tutto qualificato (art. 37 co. 5) – che potrà colmare eventuali mancanze o inefficienze formative, limitatamente allo specifico comportamento, o semplicemente rafforzarle, consentendo al preposto di segnalare, a datore di lavoro e dirigenti, anche questo aspetto. Con l'osservazione di ciò che accade successivamente, poi, monitorando la capacità e la prontezza del lavoratore di "rispondere" alle indicazioni ricevute, anche in base, come detto, alla formazione che gli è stata impartita, il preposto potrà optare anche per la possibile sospensione del prestatore di lavoro dalla sua attività⁸², specificando il tutto nell'informativa inviata ai superiori di quest'ultimo. E proprio per lo strettissimo collegamento con la valenza disciplinare dei comportamenti assunti dal lavoratore in relazione alla normativa prevenzionale, ritengo che, qualora tale sospensione si protragga nel tempo, senza l'eventuale adibizione temporanea a mansioni diverse, dando vita ad un allontanamento del lavoratore dal luogo di lavoro, essa possa rappresentare una sospensione cautelare⁸³ dello stesso, con contestuale corresponsione, dunque, della retribuzione.

Mi sembra che il legislatore abbia fatto un consistente passo in avanti sul piano della prevenzione, consentendo al preposto di valutare immediatamente non solo la situazione,

82 M. LAI, *Le novità*, cit., p. 6. La giurisprudenza, peraltro, pur in assenza di uno specifico riferimento normativo, ha da tempo configurato tale potere in capo al preposto: v., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 5797; 3 maggio 2021, n. 16690 e 20 novembre 2023, n. 46855.

83 Per costante giurisprudenza, infatti, la sospensione cautelare, «misura di carattere provvisorio e strumentale all'accertamento dei fatti relativi alla violazione, da parte del lavoratore, degli obblighi inerenti al rapporto di lavoro» (Cass. Sez. Lav. 5 aprile 2018, n. 8411) è espressione del potere direttivo del datore di lavoro e non di quello disciplinare, sicché la sua adozione prescinde dalle garanzie procedurali di cui all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori: v., *ex multis*, Cass. Sez. Lav. 9 settembre 2008, n. 22863; 13 dicembre 2010, n. 25136 e 13 settembre 2012, n. 15353.



quando essa è ancora potenzialmente pericolosa e a prescindere, direi, dal fatto che lo diventi realmente, ma anche la necessaria correlazione fra il comportamento tenuto dal lavoratore e la formazione (e l'addestramento) da questi ricevuta. Se, infatti, fino a questo momento la valenza di "aggravante" (se impartita) o "attenuante" (se omessa, insufficiente o inadeguata) della formazione rispetto al comportamento del lavoratore è emersa *ex post*, in fase processuale, relativamente alla definizione della responsabilità penale del datore di lavoro nonché, in ambito previdenziale, alla configurabilità del cd. rischio elettivo⁸⁴, adesso, invece, l'informativa e la segnalazione del preposto – che quella formazione, peraltro, conosce, avendola ricevuta lui stesso – costringono datore di lavoro e dirigenti ad una verifica immediata in merito alla sua efficacia, correggendo anche difetti o lacune dell'azione formativa. Il che, però, aggraverà ovviamente le responsabilità di quanti, nonostante tutto questo, abbiano perseverato nell'errore, e ciò vale per datore di lavoro e dirigenti, nell'ottica ora indicata, ma anche per i lavoratori, nel caso opposto in cui, a formazione correttamente impartita, il problema sia addebitabile alla sola violazione degli obblighi su di essi incombenti.

Ora, come ho già detto, se sul piano della sicurezza le iniziative volte a compensare eventuali carenze nella predisposizione delle misure di tutela spettano a datore di lavoro e dirigenti, sul piano disciplinare, invece, l'informativa ai superiori diretti del lavoratore inadempiente spetta al preposto. Mi sembra, infatti, che le più recenti modifiche normative per un verso rafforzino il suo ruolo anche su questo piano, soprattutto nei casi, spesso sottovalutati, degli infortuni mancati e, per altro verso, rimarchino la natura "ontologicamente" disciplinare dell'informativa medesima. Depone a favore di quest'ultima lettura, giova ripeterlo, l'esplicita previsione dell'intervento del preposto di fronte al comportamento non corretto e il richiamo della mancata attuazione delle disposizioni impartite in quell'intervento quale presupposto per agire, informando chi di dovere.

Un punto merita, peraltro, di essere precisato. La condotta non conforme del lavoratore è sempre rilevante sul piano penale, poiché l'obbligo di osservare le disposizioni impartite da datori di lavoro, dirigenti e preposti, per un verso, e di usare correttamente i dispositivi di sicurezza e le attrezzature, sono entrambi sanzionati dall'art. 59, lett a) del d. lgs. n. 81/2008. Quando si parla, allora, di "irrilevanza" delle stesse si fa riferimento ad un profilo diverso, che attiene alla difficoltà che esse emergano grazie all'attività dell'organismo di vigilanza anche quando, in particolare, non ne sia derivata alcuna conseguenza dannosa. Da questo punto di

⁸⁴ Il rischio elettivo consiste, secondo la giurisprudenza, in un comportamento abnorme o esorbitante tenuto dal lavoratore, laddove il primo si riferisce a condotte imprevedibili poste in essere dal lavoratore che nulla hanno in comune con l'attività da questi svolta, mentre il secondo riguarda quelle condotte che fuoriescono dall'ambito delle mansioni, ordini, disposizioni impartite dal datore di lavoro o di chi ne fa le veci, ivi incluso, dunque, il preposto, nell'ambito del contesto lavorativo: Cass. Pen., Sez. IV, 3 marzo 2016, n. 8883.



vista, invece, l'avvio (vincolato dall'informativa del preposto) dell'azione disciplinare - o, più in generale, sanzionatoria, per quanto ho già detto - raggiungerebbe diversi obiettivi: rafforzerebbe gli obblighi incombenti sui lavoratori, darebbe vita a quella «continua, assidua azione pedagogica» cui è chiamato il datore di lavoro, gravato dall'onere «di fare cultura sul rispetto delle norma antinfortunistiche»⁸⁵ ed infine, anche per i tempi molto più rapidi che caratterizzano tale azione, potrebbe incidere positivamente sull'effettività dell'azione preventiva richiesta dal legislatore.

85 Cass. Pen., Sez. IV, 12 dicembre 1995, n. 12297.



PROFILI TRIBUTARI DELLA RIQUALIFICAZIONE DELL'APPALTO DI SERVIZI¹

Simone Francesco Cociani

Professore associato di Diritto tributario nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia

Abstract [It]: *L'Autore esamina le principali questioni tributarie, sostanziali e processuali, che si pongono a seguito della riqualificazione del contratto di appalto di servizi, pur in presenza di prestazioni effettivamente svolte e di imposte regolarmente versate.*

Abstract [En]: *The Author examines the main tax issues, both substantial and procedural, which arise following the requalification of the service procurement contract, despite the presence of services actually carried out and taxes regularly paid.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Contratti di appalto simulati e frode fiscale. Brevi precisazioni. – 3. Il caso dell'inconsistenza dell'appalto che dissimula prestazioni di lavoro subordinato da altri direttamente svolte. – 4. Il caso dell'inconsistenza dell'appalto che scherma la presenza di una terza impresa. – 5. Il caso dell'inconsistenza dell'appalto che simula una illecita somministrazione di manodopera. – 6. Sulla determinabilità, ai fini delle imposte sui redditi, dei costi relativi alle prestazioni di lavoro di cui alla irregolare somministrazione di manodopera. – 7. Sul diritto alla detrazione dell'Iva, pagata in via di rivalsa, sui corrispettivi del contratto di appalto di servizi, ancorché "riqualificato" in una prospettiva giuslavoristica. – 8. Sull'onere della prova in relazione alla contestata indetraibilità dell'Iva. – 9. Sulla deducibilità dei costi relativi ad attività illecite. – 10. I rapporti tra i due procedimenti. Brevi richiami. – 11. I rapporti tra processo penale e tributario nella prospettiva della riforma del sistema fiscale. – 12. Sulla stabilità giuridica del provvedimento di archiviazione in sede penale, in guisa tale da condurre all'applicazione del principio del *ne bis vexari* e, in caso di medesimezza soggettiva, al

¹ Il presente contributo approfondisce alcune delle considerazioni esposte al Convegno: "A vent'anni dall'istituzione della Commissione di certificazione. La certificazione dei contratti di appalto: risvolti giuslavoristici, tributari e penalistici", tenutosi, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia, il 4 dicembre 2023.



conseguente annullamento del provvedimento amministrativo con il quale siano state irrogate le relative sanzioni. – 13. Conclusioni.

Premessa.

L'innovazione tecnologica, come noto, ha sempre favorito nuove modalità di esercizio dell'attività d'impresa.

Oggi, per quanto concerne l'organizzazione del lavoro, è possibile assistere ad un più intenso ricorso allo strumento dell'appalto di servizi.

L'impiego di tale tipologia di contratto, tuttavia, a volte dà luogo a censure, non solo nella prospettiva del diritto del lavoro², ma, anche, nella prospettiva del diritto tributario, con quanto ne consegue in termini di sanzioni, sia penali che amministrative.

In altre parole, l'impropria qualificazione dei contratti di lavoro, se, sotto il profilo giuslavoristico, può condurre all'inquadramento del rapporto contrattuale alle dipendenze del datore di lavoro c.d. "sostanziale"³, sotto il profilo tributario, rischia di dar luogo alla contestazione di illeciti fiscali, in ragione della ritenuta inesistenza giuridica del rapporto contrattuale stipulato. A quest'ultimo riguardo, è fin d'ora possibile richiamare l'orientamento giurisprudenziale, consolidatosi in sede di legittimità, secondo il quale il contribuente che porti in detrazione l'Iva pagata, in base a fatture relative a contratti per i quali si ritenga simulata la somministrazione di mano d'opera, integra la fattispecie di cui all'art. 2, d.lgs. n.

2 A tale riguardo, è senz'altro possibile ricordare il caso di due importanti società multinazionali di consegna del cibo a domicilio per le quali il Tribunale di Milano, con altrettante sentenze pubblicate lo scorso 19 ottobre 2023 (v. Trib. Milano 19 ottobre 2019, n. 3237, in *D&G*, 2023, 25 ottobre) ha condannato le stesse a versare alla gestione lavoratori dipendenti i contributi previdenziali maturati in relazione ai compensi pagati ai fattorini, sul presupposto che la prestazione lavorativa dei c.d. "riders" rientrasse tra le forme di collaborazione definite dal d.lgs. n. 81/2015 come "etero-organizzate", non avendo i lavoratori altro spazio di scelta discrezionale all'infuori della decisione se svolgere o non svolgere l'attività.

3 Sul punto, ancora più di recente, è possibile segnalare la pronuncia della Cass., Sez. Lav., 22 novembre 2023, n. 32412, in *Mass. Giust. civ.*, 2024, che ha affermato che il rapporto di lavoro si costituisce con il datore di lavoro sostanziale. Più in particolare, secondo la Suprema corte, «la norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 80-bis del Dl 19 maggio 2020 n. 34 (aggiunto dalla legge 17 luglio 2020 n. 177) riguardante la somministrazione irregolare, è applicabile, per identità di ratio e di tutela, anche alle ipotesi (come quella in esame) di appalto non genuino, per quanto riguarda il licenziamento intimato dal datore di lavoro formale». Sicché – prosegue la decisione – l'applicazione della ridetta norma anche all'appalto non genuino si giustifica, in mancanza di un rinvio normativo diretto, «rappresentando un criterio esegetico di natura generale e di principio, posto a protezione dei lavoratori coinvolti in fenomeni interpositori irregolari o simulati mediante contratti di somministrazione di lavoro o di appalto di servizi non genuini (ossia di non coincidenza tra datore di lavoro formale e sostanziale)». E ciò in forza, oltre che di ragioni sistematiche, «della sovrapposibilità dei testi normativi di cui all'art. 27 comma, d.lgs. n. 276/2003 (cui l'art. 29, comma 3-bis, d. lgs. n. 276/2003 rinviava, poi abrogato) e 38, comma 3, d.lgs. n. 81/2015».



74/2000 che, come noto, punisce il delitto di frode fiscale mediante utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti⁴.

Ebbene, con il presente contributo si intendono esaminare i principali risvolti tributari derivanti dalla possibile contestazione in ordine all'improprio ricorso al contratto di appalto di servizi, pur in presenza di prestazioni effettivamente svolte e di imposte regolarmente versate⁵.

Tuttavia, prima di dar seguito allo svolgimento del tema ora proposto, è appena il caso di osservare che le prestazioni di cui al contratto di appalto, specie allorché quest'ultimo abbia ad oggetto la prestazione di servizi lavorativi (ad alta intensità di manodopera) di cui all'art. 1677 c.c., pur rientrando nel *genus* del contratto di appalto *tout court*, di cui all'art. 1655 c.c., finiscono per mostrare più di una qualche sostanziale sovrapposibilità rispetto alle attività di lavoro subordinato, specie ove si tenga conto che – a fronte delle peculiarità di determinate tecnologie – ben può essere previsto l'impiego dei capitali e delle tecnologie dell'impresa appaltante.

Talché, quanto appena osservato dovrebbe indurre una certa prudenza nella (ri)qualificazione delle relative prestazioni (in termini di attività di lavoro subordinato in luogo delle prestazioni di appalto di servizi lavorativi)⁶, specialmente allorché da tale riqualificazione possano discendere conseguenze penalmente rilevanti⁷, peraltro non solo in

4 In proposito, si veda Cass., Sez. III, 5 ottobre 2021, n. 40560, in *Giur. comm.*, 2021, p. 836, con nota di L. D'ALTILIA, *Il reato di dichiarazione fraudolenta per operazioni "soggettivamente" inesistenti: un discutibile caso di assimilazione della prova penale a quella civile*.

5 Dal punto di vista giuslavoristico, in termini generali sulle conseguenze della riqualificazione dei contratti di appalto e sulla tutela dei lavoratori a fronte di contratti di appalto simulati, alla luce della legge n. 1369/1960, si veda M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Giuffrè, Milano, 2000. In argomento, è appena il caso di osservare che il d.lgs. n. 276/2003 (c.d. "Legge Biagi") ha poi riconosciuto la legittimità di specifiche attività di somministrazione di manodopera (cfr. artt. 20-26). Al riguardo, si vedano R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, n. 1, 2005, p. 59 ss., nonché M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro. Somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2013. Più di recente, anche il d.lgs. n. 81/2015 (c.d. *Jobs Act*) ha espresso un deciso *favor* nei confronti del c.d. "decentramento produttivo", su cui: M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexsecurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 108 ss. Infine, per un inquadramento generale alla tematica si vedano: S. BORRELLI-V. BRINO-C. FALERI-L. LAZZERONI-L. TEBANO-L. ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, Torino, 2022, *passim*; M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Torino, 2018; V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, n. 6, p. 1414 ss.

6 In giurisprudenza, sui possibili indici per una riqualificazione del contratto di appalto di servizi si vedano: Cass., Sez. Lav., 11 settembre 2000, n. 11957, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, p. 253; Cass., Sez. Lav., 30 ottobre 2002, n. 15337, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, p. 254.

7 Più in particolare, sulle conseguenze, anche penali, dell'intermediazione illecita di manodopera, si vedano: M. MANTOVANI, *Sanzioni penali*, in E. GRAGNOLI-A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 249; F. ROCCHI, *Il reato di «esercizio non*



termini di pena detentiva, ma – allorquando sia contestata una violazione di tipo penale-tributario – anche in termini di confisca e di responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001⁸.

1. Contratti di appalto simulati e frode fiscale. Brevi precisazioni.

Tanto premesso, pare senz'altro opportuno brevemente richiamare le principali questioni che si pongono allorquando sia contestato il reato di frode fiscale⁹ a seguito della ritenuta simulazione del contratto di appalto di servizi che, in ipotesi, dissimuli un'illecita somministrazione di manodopera.

Al riguardo, tralasciando le questioni – invero tutt'altro che irrilevanti – poste dai sempre meno episodici interventi creativi della giurisprudenza¹⁰, è subito possibile dar conto che, allorquando il contratto di appalto di manodopera venga ritenuto simulato, le fatture emesse

autorizzato dell'attività di intermediazione di manodopera» nella riforma Biagi: tra continuità normativa e nuove esigenze del libero mercato del lavoro, in Cass. pen., 2005, p. 4014; S. TORDINI CAGLI, Profili penali del collocamento della manodopera. Dalla intermediazione illecita all'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, in Ind. pen., 2017, p. 7; D. AMATO, Lo sfruttamento della manodopera, in L. MIANI-F. TOFFOLETTO, (a cura di), I reati sul lavoro, Giappichelli, Torino, 2019; G. MORGANTE, Art. 18 D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA, (a cura di), Commentario breve alle leggi sul lavoro, Cedam, Padova, 2018, p. 2137 ss.

8 Al riguardo, A. M. DELL'OSSO, *Appaltante, datore di lavoro, evasore fiscale: fluidità dei ruoli nella giurisprudenza penal-tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2023, n. 3, pp. 68 s. In termini più generali sul tema delle confische tributarie anche nella prospettiva del d.lgs. n. 231/2001, si veda S.F. COCIANI, *Le confische tributarie: tra sanzione, funzione riscossiva, populismo fiscale e diritti fondamentali del contribuente*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2021, n. 1, p. 803 ss.

9 In termini generali, sul delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti, senza pretesa di esaustività si vedano: E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2021, p. 135 ss.; E.D. BASSO-A. VIGLIONE, *Diritto penale tributario*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 39 ss.; P. ALDROVANDI, *La nozione di "fatture o altri documenti per operazioni inesistenti" nel "diritto vivente" ed il "nuovo volto" del diritto penale tributario*, in *Ind. pen.*, 2019, p. 229 ss.; G.L. SOANA, *I reati tributari*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 97 ss.; A. LANZI-P. ALDROVANDI, *Diritto penale Tributario*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 187 ss.; G. RUTA, *La dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, in R. BRICCHETTI-P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (dir.), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 183 ss.; G. DI VETTA, *I reati di dichiarazione fraudolenta*, in A. GIOVANNINI-A. DI MARTINO-E. MARZADURI, (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario, I, Diritto penale e processuale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 524 ss.; L. IMPERATO, *I delitti in materia di dichiarazione. Commento agli artt. 1 e 2 d. lgs. 74/2000 mod. d.lgs. 158/2025*, in I. CARACCIOLI (a cura di), *I nuovi reati tributari*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 55 ss.; E. CORUCCI, *Il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, in A. GIARDA-A. PERINI-G. VARRASO, *La nuova giustizia penale tributaria*, Cedam, Vicenza, 2016, p. 189 ss.

10 che, pur animati dalla volontà di apprestare una tutela dei beni giuridici, nel momento in cui si fanno carico di colmare le lacune dovute al carattere frammentario dell'intervento penale, sembrano porsi in tensione con il principio di stretta legalità. Sul tema, di recente, si vedano: P. ALDROVANDI-G. FLORA, *Frode fiscale e contratti di appalto simulati: verso un diritto penale "totale"?*, in *Rass. trib.*, 2023, p. 9 ss., ove riferimenti, nonché A. M. DELL'OSSO, *Appaltante, datore di lavoro, evasore fiscale*, cit., p. 80.



a fronte di tale contratto – secondo la giurisprudenza ormai consolidata – vengono qualificate come emesse da un soggetto che non ha svolto la relativa operazione e, dunque, le stesse fatture risultano qualificate come emesse in relazione ad operazioni inesistenti, in guisa tale da contestare il reato di cui all’art. 2, d.lgs. n. 74/2000.

Più in particolare, è dato osservare che la giurisprudenza suole distinguere varie ipotesi, sia in relazione al tipo di tributo ritenuto rilevante ai fini della configurazione del risparmio fiscale il cui abusivo conseguimento darebbe luogo alla tutela in sede penale¹¹, sia in relazione alla condotta contestata¹², sia, ancora, in relazione alla natura giuridica del ritenuto reale prestatore del servizio¹³.

Partitamente.

2. Il caso dell’inconsistenza dell’appalto che dissimula prestazioni di lavoro subordinato da altri direttamente svolte.

Nel caso qui accennato è prospettabile la ricostruzione in termini di operazioni soggettivamente inesistenti¹⁴.

In particolare, le operazioni descritte nei documenti contabili sarebbero da ascrivere, direttamente, ai singoli lavoratori e non già all’appaltatore¹⁵, con la conseguenza che i singoli lavoratori – per effetto della (radicale) invalidità del contratto di appalto stipulato – avrebbero diritto di richiedere al simulato appaltante (il committente) di veder riconosciuto il rapporto di lavoro alle dipendenze di quest’ultimo e, in ogni caso, un tale rapporto di lavoro – sotto il profilo fiscale – non darebbe luogo all’addebito di Iva (non foss’altro perché la relativa prestazione non risulterebbe imponibile per non essere stata posta in essere da soggetti passivi Iva)¹⁶.

Ne consegue che, data la (soggettiva) fittizietà dell’operazione, non risulterebbe consentito l’esercizio del diritto alla detrazione dell’Iva di cui all’art. 19, d.p.r. n. 633/1972¹⁷. Invero,

11 Ad esempio: Iva o imposte sui redditi.

12 Ad esempio: operazioni soggettivamente, ovvero oggettivamente, inesistenti.

13 Ad esempio: costituito dall’insieme delle persone fisiche che svolgono attività lavorativa dietro lo schermo dell’impresa appaltatrice, ovvero costituito da una terza impresa appaltatrice che, tuttavia, non ha preso parte al contratto di appalto e, dunque, non ha emesso fatture in relazione alle prestazioni materialmente dalla stessa rese.

14 Cfr. Cass., Sez. III, 27 gennaio 2022, n. 16302, in *Guida dir.*, 2022, p. 20; Cass., Sez. III, 2 febbraio 2022, n. 11633, in *CED Cass. pen.*, 2022. Invero, in alcuni passaggi motivazionali, si allude alla categoria della “giuridica inesistenza” delle fatture.

15 Al riguardo, Cass., 2 febbraio 2022, n. 11633, in *CED Cass. pen.*, 2022.

16 In una prospettiva giuslavoristica si veda altresì: M.G. GRECO, *Il rapporto di lavoro nell’impresa multidatoriale*, Giappichelli, Torino, 2017, in partic. cap. II, ove riferimenti.

17 Sulla centralità del diritto alla detrazione per il corretto funzionamento dell’Iva, ispirato al principio di neutralità, si vedano: P. CENTORE, *Codice IVA nazionale e comunitaria commentato*, Giuffré, Milano, 2012, p. 666; A. COMELLI, *IVA comunitaria e IVA nazionale, Contributo alla teoria generale dell’imposta sul valore aggiunto*, Cedam, Padova, 2000, p. 675 ss.; M. GIORGI, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema*



secondo la richiamata impostazione, il tributo addebitato in via di rivalsa dal simulato prestatore del servizio risulterebbe “estraneo” rispetto al complessivo ammontare dell’Iva posta a carico del committente in relazione alle (altre) operazioni, “realmente effettuate”¹⁸, ancorché, sotto il profilo fiscale, se il prestatore emette fattura per operazioni inesistenti, l’imposta è comunque dovuta per l’intero ammontare indicato nel documento (cfr. art. 21, comma 7, d.p.r. n. 633/1972)¹⁹.

Pertanto, la ritenuta (soggettiva) fittizietà dell’operazione, secondo la giurisprudenza prevalente, darebbe luogo all’indetraibilità dell’Iva addebitata in fattura ad opera di un soggetto diverso da quello che avrebbe effettivamente reso la prestazione. Ciò, a sua volta, in presenza del richiesto elemento soggettivo del dolo specifico²⁰, sarebbe suscettibile di dar

dell’imposta sul valore aggiunto, Cedam, Padova, 2005, p. 265 ss.; L. SALVINI, *La detrazione dell’Iva nella sesta direttiva e nell’ordinamento interno: principi generali*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, n. 2, p. 135 ss.; R. MICELI, *L’effettività della disciplina nazionale sull’esercizio del diritto di detrazione Iva in caso di accertamento tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, n. 9, p. 233 ss.

18 Difatti, ai sensi dell’art. 168 della c.d. “Direttiva Iva”, (Dir. 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006), il soggetto passivo può detrarre l’Iva di cui sono gravati i beni e i servizi impiegati ai fini di sue operazioni soggette ad imposta, pertanto, il diritto a detrarre l’imposta addebitata sull’acquisto di beni o servizi presuppone che le spese effettuate per acquistare questi ultimi facciano parte degli elementi costitutivi del prezzo delle operazioni tassate a valle (v., in tal senso, Corte giust., 6 settembre 2012, C-496/11, punto 36), sicché, «quando un’operazione di acquisto di un bene o di un servizio è inesistente, essa non può avere alcun collegamento con le operazioni del soggetto passivo tassato a valle. Di conseguenza, quando manca la realizzazione effettiva della cessione di beni o della prestazione di servizi, non può sorgere alcun diritto a detrazione» – (cfr. Corte giust., 27 giugno 2018, C-459/17 e C-460/17, punto 36) ed è pertanto – «inerente al meccanismo dell’Iva il fatto che un’operazione fittizia non possa dare diritto ad alcuna detrazione di tale imposta».

19 Cfr., di recente, Cass., Sez. V, 27 aprile 2020, n. 8177.

20 Sulla necessaria dimostrazione dell’esistenza del dolo specifico di evasione, tanto ai fini dell’Iva che ai fini delle imposte sui redditi, invero richiesto dalla norma incriminatrice, si soffermano P. ALDOVRANDI-G. FLORA, *Frode fiscale e contratti di appalto simulati*, cit., p. 14 ss., ove osservano che tale coefficiente soggettivo non risulta caratterizzare la fenomenologia socio-criminologica dell’appalto simulato di servizi di somministrazione di manodopera, tutt’al più caratterizzata dalla finalità di evasione contributiva e/o di aggiramento della normativa giuslavoristica. Sicché, viene a realizzarsi un’estensione per via analogica della fattispecie incriminatrice che, appunto svalutando il requisito del dolo specifico di evasione a vantaggio della ricostruzione del medesimo elemento soggettivo in termini di dolo eventuale (con il primo ritenuto compatibile), finisce per applicarsi a tutte le condotte che danno luogo ad un’illegittima detrazione dell’Iva, ancorché nel caso in cui a queste non corrisponda un effettivo danno per l’Erario (in ragione dell’obbligo di versamento di cui all’art. 21, comma 7, d.p.r. n. 633/1972, sopra richiamato, previsto in capo all’appaltatore), peraltro in perfetta coerenza con la condotta posta in essere, invero caratterizzata dall’intento di conseguire un risparmio esclusivamente a fini contributivi e, in quanto tale, allo stato, non punita. Parimenti critico per quanto concerne la sussistenza del dolo di evasione nel caso di contestazione del reato di cui all’art. 2 più volte richiamato in relazione all’appalto di servizi risulta A. M. DELL’OSSO, *Appaltante, datore di lavoro, evasore fiscale*, cit., pp. 86 s., ove anch’egli rileva che, nel caso di specie, il contribuente non infrange direttamente la disciplina tributaria e non consegue alcun immediato beneficio sul fronte erariale. Difatti, risulta del



luogo alla contestazione del reato di dichiarazione fraudolenta mediante l'utilizzazione di fatture per operazioni (soggettivamente) inesistenti (per il quale non sono previste soglie di punibilità), a nulla rilevando – anche ai fini penali – che l'Erario non abbia patito alcun danno per essere stata l'Iva comunque corrisposta dal prestatore il servizio (c.d. "simulato appaltatore")²¹ e, a ben vedere, a nulla rilevando che, ove il rapporto di lavoro dipendente fosse ricondotto alle singole persone fisiche dei lavoratori, questi non avrebbero dovuto versare l'Iva stante la mancanza di soggettività passiva ai fini di tale tributo²².

Naturalmente, la questione assumerebbe una diversa connotazione nel caso in cui il simulato appaltatore (ovvero un eventuale subappaltatore) non avesse provveduto al dovuto versamento dell'Iva, dando così luogo ad una vera e propria frode ai fini dell'Iva (poco importa se "lineare" o "carosello"), in considerazione del probabile vantaggio riflesso in capo all'appaltante che, verosimilmente in modo consapevole, potrebbe essersi giovato di una riduzione del corrispettivo dovuto (rispetto ai normali valori di mercato) per il simulato contratto di appalto, proprio in ragione del (preordinato) mancato versamento dell'Iva dal simulato appaltatore addebitata in fattura²³.

3. Il caso dell'inconsistenza dell'appalto che scherma la presenza di una terza impresa.

Come accennato, talvolta, risulta contestato il ruolo ricoperto da un determinato "soggetto collettivo" (es. società consortile), risultante il formale emittente delle fatture, in relazione a prestazioni lavorative effettivamente rese da personale alle dipendenze delle varie imprese al primo soggetto riconducibili (ad es. le società cooperative di lavoro consorziate)²⁴.

In tal caso, l'inesistenza soggettiva non si fonda sulla riqualificazione dell'appalto in termini di illecita somministrazione di manodopera ma, al contrario, si appunta sul ruolo, ritenuto meramente "apparente", del soggetto collettivo (società consortile) che svolge la funzione di appaltatore che, però, non disporrebbe dei mezzi (del personale), né dell'organizzazione, che costituisce lo strumento dell'appalto, in quanto riferibili (mezzi ed organizzazione) alle singole

tutto mancante la finalità evasiva rispetto al comportamento dell'agente (che, semmai, si sarà proposto di ottenere un risparmio sul costo del personale e dei relativi contributivi previdenziali), i cui costi e spese risultano comunque effettivi e pienamente inerenti rispetto al programma imprenditoriale, senza con ciò attentare al c.d. "bene giuridico" tutelato dalla norma penale tributaria, invero impropriamente incaricata di apprestare una tutela (unicamente) sotto il profilo giuslavoristico.

21 A mente dell'art. 21, comma 7, d.p.r. n. 633/1972.

22 In argomento si veda L. D'ALTILIA, *Il reato di dichiarazione fraudolenta per operazioni "soggettivamente" inesistenti*, cit., p. 840 ss., ove, più in particolare, si respinge l'affermazione della penale responsabilità per il delitto di cui all'art. 2 in parola solo perché l'Iva è stata ritenuta indetraibile (in quanto corrisposta ad un soggetto che – nella prospettiva giuslavoristica – non avrebbe prestato il relativo servizio, cfr. p. 847).

23 Di recente, sul tema delle frodi circolari, o carosello, si veda A. MARCHESELLI, *La Farmacia dei sani – Episodio 5 - Grande la confusione sotto il cielo. Provocazioni – scandalose – sul dilagare del concetto di "frode" nel diritto penale tributario*, in *Riv. dir. trib. suppl. online*, 2 settembre 2023.

24 Al riguardo si veda Cass., Sez. III, 27 gennaio 2022, n. 16302, in *Guida dir.*, 2022, p. 20.



società (cooperative di lavoro) partecipanti al soggetto collettivo che, così, fungerebbe da mero schermo.

In ogni caso, tanto nell'ipotesi in cui ad essere "schermati" siano la pluralità dei singoli lavoratori impiegati nell'attività, quanto un'altra impresa (commerciale o mutualistica che sia), la giurisprudenza in precedenza citata nega la detraibilità dell'Iva in quanto il tributo sarebbe versato nei confronti di un soggetto (l'appaltatore fittiziamente interposto) non legittimato ad esercitare il diritto di rivalsa, a nulla rilevando che lo stesso dovrebbe aver comunque versato il tributo in quanto obbligato *ex art. 21, comma 7, d.p.r. n. 633/1972*.

4. Il caso dell'inconsistenza dell'appalto che simula una illecita somministrazione di manodopera.

Ancora, merita dar conto di un ulteriore orientamento giurisprudenziale (sebbene, allo stato, non ancora consolidato)²⁵, secondo cui, stante l'inesistenza giuridica del contratto di appalto (giacché le relative prestazioni intercorrenti con i lavoratori schermati non avrebbero mai potuto formare un oggetto diverso da un rapporto di lavoro subordinato), risulterebbe così integrato il delitto di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 2, d.lgs. n. 74/2002, e ciò anche quando il contratto di appalto di servizi, che dissimuli una somministrazione irregolare di manodopera, risulti assoggettato al regime Iva dell'inversione contabile (*reverse charge*) che, come noto, all'atto pratico, non dà luogo ad una vera e propria detrazione dell'imposta dalla massa delle (altre) operazioni attive²⁶. Peraltro, a quest'ultimo proposito, è appena il caso di osservare che tale regime è stato introdotto proprio allo scopo specifico di evitare comportamenti fraudolenti nell'applicazione del tributo.

In ogni caso, il medesimo regime dell'inversione contabile, successivamente inasprito (recentemente anche per effetto del disposto di cui all'art. 1, comma 152, legge n. 197/2022 che ha modificato il comma 9-bis dell'art. 6, d.lgs. n. 471/1997)²⁷, nega la detrazione dell'Iva in capo

²⁵ Cfr. Cass., Sez. III, 28 ottobre 2022, n. 45114, in *Cass. pen.*, 2023, p. 1714, che, peraltro, sembra dare ulteriore seguito alle elaborazioni di cui alla precedente Cass., Sez. III, 11 febbraio 2022, n. 12920, in *CED Cass. pen.*, 2022 secondo cui, ove la prestazione risulti resa dai lavoratori dipendenti in favore della società appaltante, non solo vi sarebbe un'evidente inesistenza soggettiva delle relative operazioni ma, anche, una radicale inesistenza oggettiva delle medesime operazioni che, appunto, mai avrebbero potuto costituire l'oggetto di un reale contratto tra soggetti distinti ma, soltanto, l'ordinaria esecuzione di un contratto di lavoro subordinato (di fatto) in seno alla medesima società appaltante.

²⁶ Infatti, tale regime dell'inversione contabile, ai sensi dell'art. 17, commi 5, 6 e 7, d.p.r. n. 633/1972, prevede che il pagamento del tributo sia posto a carico del cessionario del bene, ovvero del committente il servizio, che, ricevuta la fattura dal cedente il bene, ovvero dal prestatore il servizio, senza addebito dell'Iva, è tenuto all'integrazione della medesima con l'indicazione dell'aliquota e della relativa imposta dovuta, per poi annotare il documento in parola, ai fini del versamento del tributo, nel registro Iva delle fatture emesse (ovvero dei corrispettivi) e, nello stesso tempo, ai fini della detrazione dell'imposta, anche nel registro Iva degli acquisti.

²⁷ Cfr. comma 9-bis dell'art. 6, d.lgs. n. 471/1997, secondo cui: «*Se il cessionario o committente applica l'inversione contabile per operazioni esenti, non imponibili o comunque non soggette a imposta, in sede di*



al cessionario, ovvero al committente, allorché risulti provato che questi fosse consapevole della frode collegata all'operazione²⁸.

Sicché, secondo l'orientamento appena citato, non si configurerebbe il reato di dichiarazione fraudolenta (di cui all'art. 2, d.lgs. n. 74/2000) a seguito dell'utilizzo di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti che – come anche riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità²⁹ – avrebbe riflessi limitati alla (sola) imposta sul valore aggiunto e non anche ai fini delle imposte sui redditi (peraltro non essendo i costi e le spese per i servizi acquistati direttamente utilizzati per il compimento degli atti o delle attività illeciti)³⁰.

accertamento devono essere espunti sia il debito computato da tale soggetto nelle liquidazioni dell'imposta che la detrazione operata nelle liquidazioni anzidette, fermo restando il diritto del medesimo soggetto a recuperare l'imposta eventualmente non detratta ai sensi dell'articolo 26, terzo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e dell'articolo 21, comma 2, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546. La disposizione si applica anche nei casi di operazioni inesistenti, ma trova in tal caso applicazione la sanzione amministrativa compresa tra il cinque e il dieci per cento dell'imponibile, con un minimo di 1.000 euro. Le disposizioni dei periodi precedenti non si applicano e il cessionario o committente è punito con la sanzione di cui al comma 6 con riferimento all'imposta che non avrebbe potuto detrarre, quando l'esecuzione delle operazioni inesistenti imponibili è stata determinata da un intento di evasione o di frode del quale sia provato che il cessionario o committente era consapevole».

28 In questi casi il cessionario è sanzionato con la misura prevista per l'illegittima detrazione di cui all'art. 6, comma 6, d.lgs. n. 471/1997, ovvero con la sanzione amministrativa pari al novanta per cento dell'ammontare della detrazione compiuta. In caso di applicazione dell'imposta in misura superiore a quella effettiva, erroneamente assolta dal cedente o prestatore, fermo restando il diritto del cessionario o committente alla detrazione, l'anzidetto cessionario o committente è punito con la sanzione amministrativa compresa fra 250 euro e 10.000 euro. La restituzione dell'imposta è esclusa qualora il versamento sia avvenuto in un contesto di frode fiscale.

29 Giacché le operazioni soggettivamente inesistenti presuppongono – per definizione – che l'operazione, sotto il profilo oggettivo, sia stata effettivamente realizzata e che quindi, il relativo costo, sia stato realmente sostenuto, seppur a vantaggio di un soggetto diverso da quello che ha formalmente emesso la fattura, con conseguente deducibilità ai fini delle imposte sui redditi della relativa componente reddituale, purché inerente e adeguatamente documentata, ancorché non imputata a conto economico. Al riguardo si vedano: Cass., Sez. V, 30 ottobre 2013, n. 2446; Cass., Sez. V, 18 giugno 2014, n. 13800, in *Mass. Giust. civ.*, 2014; Cass., Sez. V, 5 aprile 2022, n. 11020, in *Mass. Giust. civ.*, 2022; Cass., Sez. III, 1 giugno 2016, n. 53907, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2419.

30 Cfr. art. 8, comma 1, d.l. n. 16/2012, ove, testualmente: «Il comma 4-bis dell'articolo 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, è sostituito dal seguente: "4-bis. Nella determinazione dei redditi di cui all'articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, non sono ammessi in deduzione i costi e le spese dei beni o delle prestazioni di servizio direttamente utilizzati per il compimento di atti o attività qualificabili come delitto non colposo per il quale il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale o, comunque, qualora il giudice abbia emesso il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 424 del codice di procedura penale ovvero sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'articolo 425 dello stesso codice fondata sulla sussistenza della causa di estinzione del reato prevista dall'articolo 157 del codice penale. Qualora intervenga una sentenza definitiva di assoluzione ai sensi dell'articolo 530 del codice di procedura penale ovvero una sentenza definitiva di non luogo a procedere ai sensi dell'articolo 425 dello stesso codice fondata sulla sussistenza di motivi diversi dalla causa di estinzione indicata nel periodo precedente, ovvero



Diversamente, secondo l'orientamento giurisprudenziale ora in esame, si configurerebbe il predetto reato di dichiarazione fraudolenta ma, stavolta, mediante utilizzazione di documenti per operazioni oggettivamente inesistenti³¹.

Più in dettaglio, secondo tale orientamento, il contratto di somministrazione di manodopera irregolare, in quanto "mascherato" da contratto di appalto di servizi, non potrebbe che essere ritenuto giuridicamente inesistente, potendo il lavoratore impiegato sulla base del contratto vietato agire in giudizio per vedersi riconosciuto il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore effettivo (con susseguente diritto al pagamento delle eventuali differenze retributive e delle somme dovute, anche a titolo di contributi previdenziali, al fine della regolarizzazione del rapporto), con la conseguenza che – sotto il profilo tributario – verrebbero così a mancare i requisiti di "certezza", "determinatezza, ovvero determinabilità dei costi", da cui, ulteriormente, discenderebbe l'irrelevanza (*rectius*: indeducibilità) degli stessi costi ai fini delle imposte sui redditi³².

In altre partole, sotto quest'ultimo profilo, il contratto di somministrazione di manodopera, in quanto affetto da giuridica inesistenza³³ – in disparte l'esame delle specifiche conseguenze sotto il profilo del diritto del lavoro³⁴ e sotto il profilo più propriamente penale per violazione delle norme in materia previdenziale e assistenziale³⁵ – determinerebbe altresì, sotto il profilo

una sentenza definitiva di non doversi procedere ai sensi dell'articolo 529 del codice di procedura penale, compete il rimborso delle maggiori imposte versate in relazione alla non ammissibilità in deduzione prevista dal periodo precedente e dei relativi interessi"».

31 Cfr. Cass., Sez. III, 28 ottobre 2022, n. 45114, in *Cass. pen.*, 2023, p. 1714.

32 In tal senso sembrerebbero potersi leggere Cass., Sez. V, 7 dicembre 2018, n. 31720, in *Mass. Giust. civ.*, 2019; Cass., Sez. III, 26 giugno 2020, n. 12897, ancorché relative solamente all'Iva (per la quale la detraibilità dell'imposta sarebbe comunque preclusa) e all'Irap, ma non anche riferite alle imposte sui redditi.

33 Nella prospettiva giuslavoristica, al contrario, è possibile ritenere genuino, e quindi legittimo, il contratto di appalto di manodopera allorquando: **i)** l'organizzazione dei mezzi produttivi impiegati faccia capo all'appaltatore, al quale spetti, altresì, il potere di direzione del personale dipendente impiegato nell'appalto; **ii)** il rischio d'impresa gravi sull'appaltatore medesimo (cfr. Trib. Trento, 1 febbraio 2011; Cass., Sez. Lav., 10 giugno 2019, n. 15557, in *Mass. Giust. civ.*, 2019); **iii)** le mansioni svolte da parte del personale di cui all'appalto non risultino "sovrapponibili" a quelle normalmente affidate al personale del committente (Cass., Sez. Lav., 26 ottobre 2018, n. 27213, in *Mass. Giust. civ.*, 2018); **iv)** il personale di cui all'appalto non utilizzi le stesse attrezzature normalmente impiegate dal personale del committente.

34 Ove si distingue fra somministrazione illecita di manodopera (cfr. art. 18, d.lgs. n. 276/2003), cui si applica una sanzione amministrativa, e somministrazione fraudolenta di manodopera che, invece, costituisce reato contravvenzionale (cfr. art. 38-bis, d.lgs. n. 81/2015, su cui M.D. FERRARA, *La somministrazione di lavoro dopo il "decreto dignità"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, n. 2, p. 227 ss.), per la cui punibilità occorre la sussistenza del dolo specifico.

35 Ove si prevede il contrasto al c.d. "caporalato" per mezzo dell'art. 603-bis c.p. che, per parte sua, punisce con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro cinquecento a mille per ciascun lavoratore reclutato, chiunque: 1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori; 2) utilizza, assume o



tributario, costi non quantificabili – e quindi non deducibili – ai fini delle imposte sui redditi, ovvero, in ogni caso, diversi da quelli indicati nel (simulato) contratto di appalto di servizi, ferma restando l'indetraibilità dell'Iva eventualmente esposta in fattura.

Quanto sopra, come precisato, invero all'esito dell'avvenuto recepimento, in sede penale, dei criteri di valutazione del contratto di appalto propri della disciplina giuslavoristica³⁶, basterebbe per ritenere oggettivamente inesistente la prestazione documentata e a cui, al contrario, le parti abbiano in precedenza dato rilevanza anche ai fini delle imposte sui redditi, come detto, con conseguente configurabilità del reato di cui all'art. 2 più volte richiamato³⁷.

Ora, è appena il caso di osservare che una simile ricostruzione dovrebbe indurre a considerare, oltre alle descritte conseguenze in punto di Iva e di imposte sui redditi, anche le ulteriori conseguenze, sempre in termini di effetti patrimoniali, derivanti dall'applicazione delle norme penali che prevedono la responsabilità amministrativa *ex d.lgs. n. 231/2001*³⁸, nonché la misura della obbligatoria confisca, per non dire della reazione, nella dimensione giuslavoristica, in termini di (ulteriori) sanzioni amministrative e/o penali derivanti

impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno. Su cui si vedano: G. FORTI, *La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità. L'apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *Jus*, 2008, p. 293 ss.; G. MORGANTE, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1704; G. ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo penale del "caporalato"*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 813; A. DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 4, p. 235.

36 Sull'oggettiva debolezza, in sede penale, della qualificazione come "giuridicamente inesistente" del contratto di appalto in discorso, non solo per quanto concerne la prova della sussistenza dell'elemento psicologico del dolo specifico di evasione, ma, anche, in quanto in quanto fondata su criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza giuslavoristiche, come tali inidonei ad affermare la responsabilità penale, si veda ancora A. M. DELL'OSSO, *Appaltante, datore di lavoro, evasore fiscale*, cit., pp. 84 s., ove si osserva che i parametri elaborati nell'ambito disciplinare di riferimento presuppongono una discrezionalità applicativa che tenga conto delle peculiarità del singolo rapporto negoziale, innescando valutazioni eccessivamente elastiche per fungere da presupposto per l'applicazione di una sanzione penale.

37 Cfr. A. M. DELL'OSSO, *Appaltante, datore di lavoro, evasore fiscale*, cit., p. 67 ss.

38 Sul tema della responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001*, specie nella prospettiva del *ne bis in idem*, si vedano: A. F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Sist. pen.*, 28 dicembre 2020; R. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 3, p. 223 ss.; F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema*, *Sist. pen.*, 2020, n. 7; A. INGRASSIA-S. CALVELLINI, *Brevi riflessioni sulla relazione tra il d.lgs. 231/2001 e i reati tributari: poenae non sunt multiplicanda sine necessitate*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, n. 3, p. 109 ss.; A. PERINI-S. RONCO, *Considerazioni in tema di estensione della responsabilità da reato dell'ente agli illeciti di matrice tributaria: criticità attuali e prospettive di sviluppo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2021, n. 2, p. 43 ss.; D. PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *Sist. pen.*, 15 settembre 2020; M. SCOLETTA, *Il principio europeo di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in *Dir. pen. Cont.*, 2021, n. 4, p. 180 ss.



dall'illecita somministrazione di manodopera, con tutto quanto discende in termini di proporzionalità della complessiva risposta dell'ordinamento. E, difatti, la considerazione del complessivo carico sanzionatorio (rilevante anche in termini di violazione del principio del *ne bis puniri*), senz'altro sproporzionato³⁹, tanto più in una dimensione multilivello dell'ordinamento⁴⁰, risulta posta alla base della decisione che ha già indotto la Procura della Repubblica di Milano a disporre l'archiviazione della posizione dell'ente⁴¹.

39 Sul principio di proporzionalità della pena, senza pretesa di esaustività, si vedano, nella prospettiva di cui al testo, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili penali e costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2021; A. F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, p. 1047 ss.; con particolare riferimento alle sanzioni amministrative tributarie, R. ALFANO, *Sanzioni amministrative tributarie e tutela del contribuente. Limiti alla potestà d'azione del legislatore nazionale e dell'amministrazione tributaria derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea nell'applicazione multilivello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; M. BASILAVECCHIA, *Sanzioni amministrative: proporzionalità temporanea?*, in *Corr. trib.*, 2015, n. 31, p. 2383 ss.; C. BORGIA, *La vis espansiva del principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria in materia tributaria: note a margine della sentenza della Corte costituzionale, n. 46/2023*, in *Riv. dir. trib. suppl. online*, 28 novembre 2023; S.F. COCIANI, *Sul divieto di pene sproporzionate e sul riconoscimento dell'attenuante per i reati tributari di competenza della procura europea (EPP0)*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2022, n. 4, p. 747 ss.; D. COPPA, *I principi di proporzionalità e di offensività nell'interpretazione (poco) costituzionalmente orientata della Consulta*, in *Rass. trib.*, 2023, n. 3, p. 614 ss.; R. CORDEIRO GUERRA, *Sanzioni tributarie draconiane e principio di proporzionalità*, in *Corr. trib.*, 2023, n. 8-9, p. 749 ss.; L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Giuffrè. Milano, 1993; A. FAZIO, *Il principio di proporzionalità nel sistema sanzionatorio tributario tra (recente) giurisprudenza euro-unitaria, ricadute nazionali e (auspicabili) interventi di riforma*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, n. 3, p. 1221 ss.; A. GIOVANNINI, *Sulle sanzioni amministrative tributarie: uno sguardo sul futuro*, in *Dir. prat. trib.*, 2022, n. 1, p. 122 ss.; G. INGRAO, *Appunti sull'applicazione del principio di proporzionalità per la revisione delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, n. 9, p. 971 ss.; G. MARONGIU, *La nuova disciplina delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, n. 1, p. 264 ss.; G. MELIS, *Le sanzioni amministrative tributarie nella legge delega: questioni aperte e possibili soluzioni*, in *Rass. trib.*, 2023, n. 3, p. 502 ss.; F. MONTANARI, *La dimensione multilivello delle sanzioni tributarie e le diverse declinazioni del principio di offensività-proporzione*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, n. 4, p. 471 ss.; A. SALVATI, *Lineamenti definitivi del principio di proporzionalità delle sanzioni*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2023, n. 1, p. 284 ss.; S. SAMMARTINO, *La riforma della disciplina delle sanzioni amministrative in materia tributaria*, in *Rass. trib.*, 2022, n. 1, p. 274 ss.

40 Cfr. caso DHL. Al riguardo, si noti che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha già ripetutamente affermato la diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE, al riguardo, tra le tante, si vedano Corte giust. UE, sent. *Garlsson*, par. 66; Corte giust. UE, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; nonché, più di recente, Corte giust., 8 marzo 2022, C-205/20, che ha riconosciuto un generalizzato potere di disapplicazione giudiziaria delle pene ritenute sproporzionate, su cui F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit.; S.F. COCIANI, *Sul divieto di pene sproporzionate e sul riconoscimento dell'attenuante per i reati di competenza della procura europea (EPP0)*, cit., p. 735 ss. Nella prospettiva interna si vedano altresì le pronunce della Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222, in *Giur. cost.*, 2019, p. 2642 e Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3370.

41 Cfr. Procura della Repubblica di Milano, decreto di archiviazione 9 novembre 2022, su cui M. SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2022.



5. Sulla determinabilità, ai fini delle imposte sui redditi, dei costi relativi alle prestazioni di lavoro di cui alla irregolare somministrazione di manodopera.

Venendo ora all'esame dei risvolti più propriamente tributari, e principiando dall'ipotesi per ultimo illustrata, è possibile osservare che, sebbene il contratto di appalto di servizi possa essere dichiarato giuridicamente inesistente sotto il profilo giuslavoristico⁴², ciò non significa che, sotto il profilo penale, i costi relativi al contratto di somministrazione di manodopera debbano essere considerati relativi ad operazioni in tutto o in parte (oggettivamente ovvero soggettivamente) inesistenti⁴³ e, per quanto più in questa sede interessa, ovvero sotto il profilo tributario, ciò non implica che i medesimi costi – ai fini delle imposte sui redditi – debbano essere considerati indeducibili perché non inerenti, indeterminati, ovvero indeterminabili. Difatti, quanto a quest'ultimo aspetto, tali costi potranno essere determinati sulla base delle previsioni contrattuali applicabili, specialmente ove i corrispettivi siano stati effettivamente versati, sebbene in favore dell'appaltatore.

Peraltro, è da escludere che le parti del contratto di appalto di servizi – specialmente in una prospettiva tributaria – volessero porre in essere un contratto giuridicamente inesistente che, quindi, come tale, avrebbe determinato l'ineducibilità dei relativi corrispettivi che, al contrario, si assume essere stati effettivamente corrisposti⁴⁴.

Sicché, la riqualificazione del contratto di appalto di servizi in contratto di somministrazione di manodopera, sebbene vietato, ma comunque pregiudiziale per incardinare il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore della manodopera

42 Beninteso allorché tale pratica non possa già essere ricondotta ad un appalto di servizi legittimo alla luce delle previsioni, dettate in materia di diritto del lavoro, di cui agli artt. 20-26, d.lgs. n. 276/2003. Su cui si vedano: I. ALVINO, *L'appalto e i suoi confini*, in M. AIMO-D. IZZI (cur.), *Esterneizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, p. 5 ss.

43 Al riguardo si veda A. M. DELL'OSSO, *Appaltante, datore di lavoro, evasore fiscale*, cit., p. 76 ss., ove si osserva che la ricostruzione giurisprudenziale, fatta a fini penali tributari, della categoria della "giuridica inesistenza" (desumibile dall'effettuazione di un'operazione diversa, in termini giuridici, rispetto a quanto rappresentato) risale alla legge n. 516/1982 che però non contemplava, a differenza del d.lgs. n. 74/2000, una definizione analitica di "operazioni inesistenti", lasciando così ampi margini all'interpretazione (*rectius*: integrazione per via analogica) che oggi, al contrario, non sembrano più consentiti (cfr., in partic., p. 78). Sicché, secondo l'Autore appena richiamato, il significato dell'espressione «operazioni inesistenti» va ricostruito in termini naturalistici, ovvero relativi alla sostanza della transazione economica, con la conseguenza di ritenere realmente effettuata ogni operazione alla quale abbia fatto seguito il pagamento di quanto indicato in fattura, risultando invece una forzatura eccessiva ricomprendere nella fattispecie delittuosa in discorso anche ogni discrasia relativa alla veste del rapporto ove rilevante nella sola dimensione giuridica, come tale inevitabilmente influenzata da componenti valutative e discrezionali, per ciò stesso capaci di privare di significato (*rectius*: determinatezza) il concetto di frode posto alla base della condotta prevista dal legislatore. Cfr. A. M. DELL'OSSO, *Appaltante, datore di lavoro, evasore fiscale*, cit., p. 76 s.

44 Come premesso, si esclude, in questa sede, di considerare il caso del contratto di appalto che non abbia avuto effettiva esecuzione.



(ovvero l'appaltante che ha già sostenuto i corrispettivi delle prestazioni dedotte in tale contratto), non sembra impedire di giungere alla (esatta) determinazione degli oneri relativi alle prestazioni di lavoro prestate, con la conseguenza che tali oneri, sotto il profilo tributario, non possono che risultare inerenti⁴⁵, nonché caratterizzati da quegli ulteriori requisiti di certezza e precisione necessari al riconoscimento della deducibilità in sede tributaria⁴⁶.

D'altro canto, laddove lo stesso art. 109, comma 4, d.p.r. n. 917/1986, ammette espressamente la deducibilità del c.d. "costi neri" (purché risultanti da elementi certi e precisi, nonché correlati a ricavi imponibili), allora risulterebbe irragionevole che i costi (inerenti, certi, determinati e afferenti a ricavi imponibili) fossero considerati indeducibili solo perché derivanti da operazioni inesistenti.

Invero, anche in giurisprudenza, è ormai stato chiarito che, in tema di imposte sui redditi, ai sensi dell'art. 14, comma 4-bis, legge n. 537/1993, nella formulazione introdotta dall'art. 8, comma 1, d.l. n. 16/2012, conv. in legge n. 44/2012 (che opera, in ragione del comma 3 della stessa disposizione, quale *jus superveniens* con efficacia retroattiva *in bonam partem*), sono deducibili i costi delle operazioni (s)oggettivamente inesistenti (inserite, o meno, in una "frode carosello")⁴⁷, per il solo fatto che siano stati sostenuti, anche nell'ipotesi in cui l'acquirente sia consapevole del carattere fraudolento delle operazioni, salvo che detti costi siano in contrasto con i principi di effettività, inerenza, competenza, certezza, determinatezza o determinabilità, ovvero relativi a beni o servizi che risultino direttamente utilizzati per il compimento di un delitto non colposo accertato dall'AGO⁴⁸.

45 Laddove l'inerenza è un requisito che presuppone un giudizio di tipo qualitativo, scevro da valutazioni di tipo utilitaristico o quantitativo (cfr. Cass., Sez. V, 20 gennaio 2020, n. 1290 e Cass., Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 450, in *Giur. comm.*, 2019, p. 333).

46 Cfr. art. 109, d.p.r. n. 917/1986.

47 Con riferimento alle operazioni soggettivamente inesistenti, infatti, l'ineducibilità non trova applicazione per i costi e le spese esposte in fattura o altri documenti aventi analogo rilievo probatorio che riferiscono l'operazione a soggetti diversi da quelli effettivi, come chiarito sia nella relazione illustrativa relativa all'art. 8 del disegno di legge di conversione del d.l. n. 16/2012, sia al par. 2.3 della circolare n. 32/E del 3 agosto 2012 dell'Agenzia delle Entrate. Pertanto, per effetto della modifica legislativa richiamata nel testo, l'ineducibilità opera solo qualora ci sia stato un diretto utilizzo dei beni o servizi per il compimento del reato. Sicché la rassegnata conclusione (*id est*: deducibilità dei costi) non viene meno anche nel caso di operazioni oggettivamente inesistenti sotto il profilo giuridico, sempreché i relativi costi non siano relativi all'acquisto di beni o servizi direttamente utilizzati per il compimento di reati che, già sottoposti al vaglio dell'AGO.

48 Cfr. Cass., Sez. VI, 6 luglio 2018, n. 17788, in *Mass. Giust. civ.*, 2018, nonché Cass., Sez. V, 10 novembre 2020, n. 25106. In tema di (in)deducibilità dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni soggettivamente inesistenti, da ultimo, si veda E. M. BAGAROTTO, *La disciplina dei "costi da reato" e la deducibilità dei componenti reddituali derivanti da operazioni soggettivamente inesistenti*, in AA.VV., *Studi in memoria di Francesco Tesaro*, tom. III, Cedam, Padova, 2023, p. 159 ss., ove riferimenti. Per l'incompatibilità della tesi a favore dell'ineducibilità dei costi derivanti da operazioni soggettivamente inesistenti e il principio di capacità contributiva si veda altresì M. BREGHIN, *L'interpretazione adeguatrice naufraga nelle perigliose acque del paradiso fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, n. 2, p. 207; ancora, con particolare



In altri termini, pur volendo ipotizzare che la nullità del contratto di appalto di servizi, nella sua dimensione giuslavoristica, possa estendere *de plano* i suoi effetti alla dimensione tributaria, con la conseguente ritenuta giuridica inesistenza del contratto di appalto di servizi in discorso, è appena il caso di ribadire che la disciplina – ai fini delle imposte sui redditi – dei costi derivanti da reato ne consente da tempo la deducibilità, purché gli stessi costi non siano riferibili a beni e/o servizi direttamente utilizzati per il compimento di atti o attività qualificabili come delitto non colposo.

Sicché, se anche i costi derivanti da reato risultano deducibili ai fini delle imposte sui redditi, *a fortiori*, i costi – effettivamente sostenuti – a fronte dei corrispettivi di cui al contratto di appalto di servizi (ancorché illegittimo sotto il profilo giuslavoristico), non dovrebbero essere considerati indeducibili una volta dimostrata l’inerenza, la competenza, la certezza e la determinatezza o la determinabilità dell’entità degli stessi (sulla base delle previsioni contrattuali in ipotesi “eluse”).

Opinare diversamente significherebbe consentire una tassazione – ai fini delle imposte dirette – di un reddito (d’impresa) lordo, per l’effetto costituito da proventi derivanti dall’esercizio dell’attività d’impresa commerciale *naturaliter* imponibili, dal quale si (predicherebbe di) escludere il concorso alla relativa determinazione – nella dimensione tributaria – dei relativi costi (ancorché inerenti, certi e determinati/determinabili) derivanti dalle prestazioni di lavoro svolte dal personale dipendente in tale attività d’impresa impiegato, il tutto in insanabile contrasto con il principio della capacità contributiva di cui all’art. 53, comma 1, Cost.⁴⁹.

Peraltro, è appena il caso di osservare che – a differenza di quanto previsto nel sistema dell’Iva (ove l’imposta è comunque dovuta e la detrazione della stessa è esclusa in relazione ad operazioni inesistenti) – nella sistematica delle imposte sui redditi (eccettuata la previsione di cui al comma 4-bis dell’art. 14, legge n. 537/1993 in precedenza richiamato⁵⁰) non sussiste una tale previsione di indeducibilità.

6. Sul diritto alla detrazione dell’Iva, pagata in via di rivalsa, sui corrispettivi del contratto di appalto di servizi, ancorché “riqualificato” in una prospettiva giuslavoristica.

riferimento all’insussistenza del difetto di inerenza, nel caso di operazioni soggettivamente inesistenti, si vedano G. TABET, *In tema di indeducibilità del “costo-compenso” corrisposto a soggetto interposto*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 167, P. SELICATO, *L’ineducibilità dei costi da reato: tra sanzione impropria e principio di inerenza*, in *Riv. guard. fin.*, 2013, p. 677. In termini più generali, G. FRANSONI, *La disciplina dei costi da reato: vizi di merito e problemi di metodo*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 447, nonché, seppur con riferimento al testo previgente, F. TESAURO, *Indeducibilità dei costi illeciti: profili critici di una norma di assai dubbia costituzionalità*, in *Corr. trib.*, 2012, p. 429.

⁴⁹ In tale prospettiva si veda, di recente, Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2019, n. 27357, in *Mass. Giust. civ.*, 2019, in ordine alla tassabilità dei proventi da illecito sulla base delle regole previste per le singole categorie reddituali di cui all’art. 6, d.p.r. n. 917/1986.

⁵⁰ Cfr. *retro* par. 5.



Tornando ora a trattare dei risvolti tributari delle operazioni di appalto di servizi – ritenute soggettivamente inesistenti – che abbiano dato luogo alla contestazione del delitto di frode fiscale di cui all’art. 2, d.lgs. n. 74/2000, in quanto il rapporto economico formalizzato, tra committente e appaltatore, nasconderebbe invece – sotto il profilo giuslavoristico – un rapporto economico tra committente e lavoratori, abbiamo già premesso che, sulla base della giurisprudenza unionale, si nega al committente il diritto alla detrazione d’imposta⁵¹.

Tuttavia, a ben guardare, quanto meno nelle ipotesi in cui il corrispettivo sia stato effettivamente erogato, quanto alla dimensione tributaria, il disconoscimento del diritto alla detrazione in parola non si fonda su una vera e propria finzione⁵², né si fonda sulla circostanza che tutto o parte del corrispettivo sia stato retrocesso al committente, bensì si fonda (unicamente) sull’elemento soggettivo costituito dalla mancata diligenza del committente che, in ipotesi, avrebbe dovuto avvedersi della illegittimità dell’appalto e, dunque, non avrebbe dovuto detrarre l’Iva addebitata in rivalsa dal fornitore (appaltatore), perché riferita ad un’operazione soggettivamente inesistente⁵³.

51 Difatti, il diritto alla detrazione dell’imposta, in capo al soggetto passivo, spetta soltanto nella misura in cui l’operazione alla quale essa afferisce presenti “un nesso diretto e immediato” con una o più operazioni a valle (cfr. Corte giust., 14 settembre 2017, C-132/16, punto 28) e, per quanto più in questa sede interessa, presuppone altresì che l’imposta risulti “dovuta”, nel senso di essere relativa ad operazioni effettivamente realizzate e soggette ad Iva, non potendosi detrarre un tributo, seppur pagato, per il semplice fatto di essere stato formalmente esposto e addebitato in fattura (cfr., per tutti, Corte giust., 13 dicembre 1989, C-342/87, cui hanno fatto seguito, tra le tante, Corte giust., 15 marzo 2007, C-35/05; Corte giust., 19 settembre 2000, C-454/98; Corte giust., 6 febbraio 2014, C-424/12; Corte giust., 26 aprile 2017, C-564/15; Corte giust., 21 febbraio 2018, C-628/16; Corte giust., 11 aprile 2018, C-532/16; Corte giust., 27 giugno 2018, C-459/17 e C-460/17; Corte giust., 11 aprile 2019, C-691/17; Corte giust., 2 luglio 2020, C-835/18; Corte giust., 13 ottobre 2022, C-397/21). Di recente, per un esame esame in chiave sistematica della predetta giurisprudenza, si veda R. BABORO, *La disciplina del recupero dell’Iva “non dovuta” nella prospettiva europea e nazionale*, in *Rass. trib.*, 2023, n. 3, in partic. P. 526 ss.

52 Difatti, il servizio è stato effettivamente prestato e il corrispettivo è stato effettivamente pagato.

53 Nel caso di specie, sembra che l’“inesistenza” della veste giuridica utilizzata, e quindi (oltre all’esistenza del reato) la conseguente indetraibilità del tributo, venga a dipendere non già dal pagamento di una passività naturalisticamente inesistente ma, in ipotesi, da un *abuso della forma contrattuale* e da cui conseguirebbe un qualche risparmio contributivo e previdenziale cui, appunto, segue l’affermazione dell’indetraibilità dell’Iva addebitata sul corrispettivo pagato e/o l’indeducibilità del relativo costo, ancorché esistente ed effettivamente pagato. Al riguardo, nella prospettiva penale che, peraltro, costituisce la premessa logica per l’affermazione dell’indetraibilità del tributo, è appena il caso di osservare che l’abuso del diritto è stato espressamente ritenuto irrilevante ai fini penali (cfr. art. 10-bis, comma 13, l. 27 luglio 2000, n. 212, secondo cui: «Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l’applicazione delle sanzioni amministrative tributarie»), su cui G. M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 465 ss.; G. FLORA, *Perché l’elusione fiscale non può costituire reato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 865 ss.; F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, in G. MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 402 ss.; A. PERINI, *La tipicità inafferrabile, ovvero elusione fiscale, “abuso del diritto” e norme penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, p. 731 ss.; A. LANZI, I



In altri termini, nell'ipotesi in considerazione, l'illecito non riguarda in alcun modo il bene o servizio acquistato, e nemmeno l'attività.

L'illecito, semmai, riguarderebbe la dimensione interpretativa della norma fiscale (oltre che di quello giuslavoristica), perciò, non sembra consentito applicare il principio sull'indetraibilità dell'Iva, ovvero la norma sull'indeducibilità, ai fini delle imposte sui redditi, del costo costituito dall'Iva affermata indetraibile, in relazione alle attività illecite allorquando l'illecito – sotto il profilo logico – segua l'attività (effettivamente) posta in essere dalle parti, nel senso che l'illecito è contestato sulla base di una qualificazione giuridica (avente ad oggetto un'attività di per sé lecita) elaborata – per giunta nella sola prospettiva giuslavoristica – in un momento logicamente successivo rispetto all'effettivo compimento – dal punto di vista storico-naturalistico – dell'attività stessa.

Cionondimeno, secondo la prospettiva giurisprudenziale in esame, il committente (appaltante) non potrebbe detrarre l'imposta indicata in fattura, anche quando il fornitore (appaltatore) abbia regolarmente versato l'Iva dovuta sui corrispettivi incassati e, dunque, pure quando quest'ultimo non si sarebbe in alcun modo appropriato dell'imposta perché, come già osservato, anche a considerare l'operazione inesistente (e dunque anche a considerare l'imposta non esigibile in capo all'appaltatore "fittizio"), a mente dell'art. 21, comma 7, d.p.r. n. 633/1973, l'Iva è comunque dovuta per l'intero ammontare indicato in fattura⁵⁴.

riflessi penali dell'elusione, AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 489 ss.; T. GIACOMETTI, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 451 ss.; A. M. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 81 ss.

⁵⁴ In tema si veda Cass., Sez. V, 30 settembre 2021, n. 26515, in *Mass. Giust. civ.*, 2021, con nota di F. RUSSO, *La detraibilità dell'IVA da operazione inesistente versata dal cedente nell'ambito di una transazione fiscale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2022, n. 2, p. 477, ove si sottolinea che la decisione della Corte, laddove – in assenza di danno per l'Erario – legittima la detrazione dell'imposta in capo al cessionario/committente, si colloca nel solco tracciato dalla più recente giurisprudenza comunitaria e dello stesso giudice di legittimità che, per parte loro, mirano ad assicurare il rispetto del principio di neutralità dell'Iva evitando qualsivoglia illegittima duplicazione del tributo. Peraltro, un simile approccio sostanzialistico sembra altresì coerente con l'impostazione di recente accolta in ambito penale tributario, laddove anche le condotte di cui all'art. 2, d.lgs. n. 74/2000, per effetto del disposto di cui all'art. 39, comma 1, lett. *q-bis*), d.l. n. 124/2019, convertito con modifiche dalla legge n. 157/2019, non risultano più punibili se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali (cfr. art. 13, comma 2, d.lgs. n. 74/2000).



Conseguentemente, a ben vedere, tale risultato porta a negare il diritto alla detrazione dell'Iva rispetto ad un'imposta effettivamente corrisposta⁵⁵, solamente in ragione della soggettiva (e spesso presunta) negligenza del committente che – secondo una certa giurisprudenza – non poteva non sapere che il contratto di appalto sottostante costituiva strumento per ottenere un (abusivo) risparmio in termini (non già d'imposte, ma) di retribuzioni e contributi previdenziali e assistenziali⁵⁶.

Ancora, quanto all'inesistenza soggettiva che, per definizione, presuppone che l'operazione – oggettivamente esistente – sia avvenuta tra parti di cui almeno una sia meramente apparente (sebbene ritenuta tale solo all'esito di un giudizio di diritto fondato su moduli propri del diritto del lavoro), è possibile osservare che l'emittente la fattura (ovvero l'appaltatore) dovrebbe nascondere il reale prestatore del servizio che, per parte sua, dovrebbe porre in essere il comportamento evasivo, ma, in tal caso, ove il reale prestatore del servizio sia l'insieme dei singoli lavoratori (che soggetti Iva non sono), è possibile convenire che questi non evadono alcunché.

Inoltre, nel caso di reale prestatore del servizio qualificabile come soggetto Iva (es. cooperativa di lavoro), nemmeno quest'ultimo risulterebbe aver introitato ed evaso il tributo perché l'imposta è comunque fatturata e addebitata in rivalsa solo dal fornitore apparente, ovvero l'appaltatore (es. società consortile cui partecipano le singole cooperative di lavoro).

55 Sul diritto alla detrazione (e sul diritto di rivalsa) quale elemento centrale del meccanismo dell'imposta sul valore aggiunto al punto da non essere, in linea di principio, soggetto a limitazioni da parte degli stati membri, in quanto preordinato a garantire la neutralità e l'effettività del tributo si veda R. BABORO, *La disciplina del recupero dell'Iva "non dovuta" nella prospettiva europea e nazionale*, cit., p. 523 ss., ove il richiamo a Corte giust., 16 settembre 2020, C-528/19, punti 23-25.

56 Sulla lotta alle frodi e agli abusi quale obiettivo riconosciuto dal diritto comunitario si veda la direttiva 2006/112/CE; per la giurisprudenza si vedano, di recente, Corte giust., 15 settembre 2022, C-227/21, punto 27; Corte giust., 10 luglio 2019, C-273/18, punto 34. Sul tema, in dottrina, si vedano: D. PERUZZA, *L'indetraibilità dell'IVA per il committente che "sapeva o avrebbe dovuto sapere"*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2014, n. 3, p. 769 ss.; F. CERIONI, *L'indetraibilità dell'IVA relativa alle operazioni inesistenti tra frode ed abuso del diritto di detrazione*, in *Boll. trib.*, 2013, n. 3, p. 233 ss.; F. MENTI, *La perdita del diritto di detrarre l'Iva da parte di chi sapeva o avrebbe dovuto sapere della frode*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, n. 2, p. 289 ss.; F. SCRIMIARI, *Onere della prova "complesso" nelle frodi IVA di natura soggettiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2022, n. 3, p. 317 ss.; A. MARCHESELLI, *La Farmacia dei sani*, cit., pp. 6-7, secondo il quale negare il diritto alla detrazione dell'Iva dopo aver contestato la responsabilità ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, d.lgs. n. 74/2000, quanto meno in casi come quelli ipotizzati nel testo, costituisce il frutto di un errore evitabile (che peraltro, ad avviso di chi scrive, finisce per affidare al sistema amministrativo tributario il compito di contrastare condotte, in ipotesi penalmente rilevanti e, per le quali, sono già previste adeguate sanzioni penali), per di più senza per questo considerare – come sembra conseguentemente all'intento di avvantaggiarsi di strumenti d'indagine particolarmente invasivi (es. intercettazioni), oltre che di misure cautelari coercitive, strumentali ad una più efficace dimostrazione della fondatezza dell'accusa – che il sistema penale conserva tutta la sua deterrenza, anche nei confronti del committente, giacché pure costui potrebbe essere ritenuto responsabile, a titolo di concorso, nella frode, beninteso ove questa fosse (oggettivamente) ritenuta sussistente, peraltro, a tal fine, essendo sufficiente la prova del dolo generico e non anche quella del dolo specifico richiesta dal medesimo art. 2, d.lgs. n. 74/2000.



Infine, nel caso in cui la falsità (di cui all'inesistenza soggettiva dell'operazione) riguardi il solo prestatore il servizio (appaltatore), il committente (appaltante), che è reale, evaderebbe l'imposta solo nel caso in cui dalla persona del prestatore del servizio (appaltatore) dipenda il diritto di dedurre o detrarre, ovvero solo se l'aliquota dell'imposta o la percentuale di deduzione dipendano dal medesimo prestatore (come peraltro riconosciuto dalla stessa giurisprudenza in caso di prestazioni esenti, anche perché assoggettate al regime dell'inversione contabile). Tuttavia, qualora il prestatore (supposto) fittizio (es. appaltatore società consortile), schermi dei soggetti societari (es. cooperative di lavoro) che, in quanto soggetti Iva, avrebbero comunque addebitato ad imposta – con aliquota ordinaria – la relativa prestazione, l'evasione non parrebbe sussistere.

Pertanto, se non ricorrono le condizioni patologiche poco sopra richiamate (diritto alla detrazione, aliquota, ovvero percentuale di detrazione, tutte dipendenti dalle caratteristiche soggettive del prestatore), ovvero nel caso di imposta addebitata e riscossa ma non anche regolarmente versata, come in effetti non sembrano ricorrere nelle ipotesi di cui al presente contributo, il committente che acquista il servizio dalla parte fittizia (appaltatore) non agisce per evadere i tributi.

Sicché, non parrebbe sussistere il reato di cui all'art. 2 in parola, fondamentalmente perché difetta l'elemento soggettivo, necessario alla configurazione della struttura della fattispecie⁵⁷. Ciononostante, si nega il diritto alla detrazione in capo al committente (appaltante) solo perché – sulla base della normativa giuslavoristica – è possibile ricostruire come il rapporto di lavoro sia intercorso direttamente con i lavoratori persone fisiche, senza il tramite della società appaltatrice⁵⁸.

In definitiva, sul punto, pare che la natura dell'illecito sia frutto di una logica autoreferenziale, nel senso che l'illecito viene ritenuto sussistente sulla base di una qualificazione elaborata nella dimensione giuslavoristica che, a sua volta, viene ritenuta capace di costituire il presupposto per la contestazione di un reato penale-tributario, invero, come si è già osservato, andando oltre i confini della relativa fattispecie legale a suo tempo prevista dal legislatore penale-tributario⁵⁹.

7. Sull'onere della prova in relazione alla contestata indetraibilità dell'Iva.

57 Cfr. A. MARCHESELLI, *La Farmacia dei sani*, cit., p. 7, secondo il quale, nonostante quanto osservato nel testo, questo è il caso più frequente nel quale, nella pratica, si applica l'art. 2 a operazioni ritenute soggettivamente inesistenti, giacché la giurisprudenza, comunque, tende ad applicare tale ultima norma.

58 In tal senso sembra potersi leggere A. MARCHESELLI, *La Farmacia dei sani*, cit., p. 8.

59 In questo senso anche A. MARCHESELLI, *La Farmacia dei sani*, cit., p. 8, ove si osserva che la giurisprudenza disapplica consapevolmente la norma fiscale che prevede l'indeducibilità solo per i costi dei beni direttamente utilizzati per delinquere, a favore di una nozione penalistica di costo deducibile che non pare avere alcuna base legale, né logica non sussistendo alcun difetto d'inerenza (per il solo fatto che la fattura, emessa a fronte di un'operazione realmente effettuata, indichi una parte "non vera").



Volendo ora approfondire il tema, più propriamente tributario, relativo alla contestazione dell'indetraibilità dell'Iva sul presupposto della (ritenuta) soggettiva inesistenza dell'appaltatore, e ciò anche nell'ipotesi in cui non sia configurabile un danno erariale⁶⁰, è possibile svolgere le seguenti brevi considerazioni in tema di onere della prova⁶¹.

Anzitutto, nel caso in discorso, ove non si discute dell'effettività delle operazioni e dell'inerenza delle stesse, ma, piuttosto, della provenienza (solo formale) della fattura da parte di soggetto passivo ai fini Iva del tutto reale (e non fittizio) che – solo in una dimensione giuridica – non avrebbe svolto la relativa prestazione, invece, posta in essere da altro soggetto, effettivo fornitore (non soggetto Iva), non si può far a meno di osservare che il diniego della detrazione ha l'effetto di alterare il normale funzionamento del tributo, a sua volta fondato sul principio di neutralità dell'imposta⁶².

In ogni caso, la richiesta del pagamento del tributo (supposto indetraibile), non può che fondarsi su di una prova che l'Amministrazione finanziaria ha l'onere di fornire⁶³, superando

60 In tema, si vedano: M. ANTONINI- P. PIANTAVIGNA, *Nelle operazioni fittizie l'assenza di un danno erariale consente la rettifica iva ed esclude la sanzione*, in *Corr. trib.*, 2019, n. 8-9, p. 788, ss.; M. BARGAGLI- C. CESARANO, *Le operazioni inesistenti in assenza di danno erariale*, in *L'IVA*, 2020, n. 8-9, p. 22 ss.; M. MANCA, *Operazioni inesistenti: detrazione IVA, rilevanza del danno erariale e proporzionalità del regime sanzionatorio attuale (ricostruzione alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità ed eurounitaria)*, in *Riv. dir. trib. on line*, 26 gennaio 2022.

61 Su cui, di recente, si vedano: M. DAMIANI, *Indebita detrazione delle fatture ai fini IVA e delle imposte dirette: ripartito l'onere della prova – Operazioni inesistenti – Distribuzione dell'onere della prova nelle operazioni soggettivamente inesistenti*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2018, n. 5, p. 416 ss., nonché, A. COLANTONIO, *Operazioni soggettivamente inesistenti, indebita detrazione iva ed onere della prova: l'Amministrazione finanziaria deve provare anche la "malafede" del soggetto*, in *Dir. prat. trib.*, 2019, n. 2, p. 838 ss.

62 In tema, M. BEGHIN, *Le frodi IVA e il malleabile principio di neutralità del tributo*, in *Corr. trib.*, 2010, 1511 ss., ove si osserva che la soluzione capace di assicurare la neutralità del tributo non implica necessariamente l'indetraibilità dell'imposta ma, al contrario, la riscossione dell'Iva (ove non versata) sulle vendite.

63 In questi termini Corte giust., 21 giugno 2012, C-80/11 e C-142/11, secondo cui: «45. (...) occorre dimostrare, alla luce di elementi oggettivi, che il soggetto passivo, al quale sono stati forniti i beni o i servizi posti a fondamento del diritto a detrazione, sapeva o avrebbe dovuto sapere che tale operazione si iscriveva in un'evasione commessa dal fornitore o da un altro operatore a monte.

47. Non è invece compatibile con il regime del diritto a detrazione previsto dalla suddetta direttiva, come ricordato ai punti 37-40 della presente sentenza, sanzionare con il diniego di tale diritto un soggetto passivo che non sapeva e non avrebbe potuto sapere che l'operazione interessata si iscriveva in un'evasione commessa dal fornitore, o che un'altra operazione nell'ambito della catena di fornitura, anteriore o posteriore a quella realizzata da detto soggetto passivo, era viziata da evasione dell'IVA (v., in tal senso, sentenze citate Optigen e a., punti 52 e 55, nonché Kittel e Recolta Recycling, punti 45, 46 e 60).

60. Certamente, qualora sussistano indizi che consentono di sospettare l'esistenza di irregolarità o di evasioni, un operatore accorto potrebbe, secondo le circostanze del caso di specie, vedersi obbligato ad assumere informazioni su un altro operatore, presso il quale prevede di acquistare beni o servizi, al fine di sincerarsi della sua affidabilità.

61. Tuttavia, l'amministrazione fiscale non può esigere in maniera generale che il soggetto passivo il quale intende esercitare il diritto alla detrazione dell'IVA, da un lato – al fine di assicurarsi che non sussistano



così la prospettazione dal contribuente fornita sulla base della fattura emessa⁶⁴ e, ciò, tanto più oggi, anche sulla base della previsione di cui al comma 5-bis dell'art. 7, d.lgs. n. 546/1992⁶⁵.

Pertanto, se da una parte è vero che la mera regolarità formale della fattura e delle scritture non è sufficiente per il contribuente a dimostrare l'esistenza delle operazioni, è altrettanto vero che la regolarità della fattura lascia presumere la verità di quanto in essa rappresentato e, dunque, costituisce titolo per il contribuente ai fini del diritto alla detrazione dell'Iva⁶⁶ che, peraltro, rappresenta un principio fondamentale del sistema comune dell'Iva⁶⁷.

Sicché, in presenza di regolari fatture, l'amministrazione deve provare il difetto delle condizioni oggettive e soggettive per la detrazione, ovvero l'inesistenza soggettiva dell'operazione e la malafede del contribuente (che sapeva o avrebbe dovuto sapere di aver preso parte ad un'operazione fraudolenta⁶⁸).

irregolarità o evasioni a livello degli operatori a monte – verifichi che l'emittente della fattura correlata ai beni e ai servizi a titolo dei quali viene richiesto l'esercizio di tale diritto abbia la qualità di soggetto passivo, che disponga dei beni di cui trattasi e sia in grado di fornirli e che abbia soddisfatto i propri obblighi di dichiarazione e di pagamento dell'IVA, o, dall'altro lato, che il suddetto soggetto passivo disponga di documenti a tale riguardo.

66. *Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alle questioni poste nella causa C-80/11 che gli articoli 167, 168, lettera a), 178, lettera a), e 273 della direttiva 2006/112 devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una prassi nazionale in base alla quale l'amministrazione fiscale nega il diritto a detrazione con la motivazione che il soggetto passivo non si è assicurato che l'emittente della fattura correlata ai beni a titolo dei quali viene richiesto l'esercizio del diritto a detrazione avesse la qualità di soggetto passivo, che disponesse dei beni di cui trattasi e fosse in grado di fornirli e che avesse soddisfatto i propri obblighi di dichiarazione e di pagamento dell'IVA, o con la motivazione che il suddetto soggetto passivo non dispone, oltre che di detta fattura, di altri documenti idonei a dimostrare la sussistenza delle circostanze menzionate, benché ricorrano le condizioni di sostanza e di forma previste dalla direttiva 2006/112 per l'esercizio del diritto a detrazione e sebbene il soggetto passivo non disponga di indizi che giustifichino il sospetto dell'esistenza di irregolarità o evasioni nella sfera del suddetto emittente.». Cfr. Corte giust., 6 dicembre 2012, C-285/11.*

64 In tema, F. TESAURO, *Appunti sulle frodi carosello*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1213, ove si segnala la necessità di individuare gli elementi sufficienti a dimostrare la buona fede e l'inconsapevolezza del cessionario coinvolto, a sua insaputa, nella frode

65 Che, come noto, ha meglio esplicitato il principio di cui all'art. 2697 c.c., in precedenza ritenuto applicabile anche nel processo tributario.

66 Cfr. A. COLANTONIO, *Operazioni soggettivamente inesistenti, indebita detrazione iva ed onere della prova*, cit., p. 844.

67 Sulla centralità del diritto alla detrazione, tanto ai fini del corretto funzionamento del tributo, quanto ai fini della neutralità dello stesso in capo ai soggetti passivi, si vedano, Corte giust., 15 settembre 2022, C-227/21, punto 25; Corte giust., 15 settembre 2016, C-518/14, punti 26 e 27; Corte giust., 13 febbraio 2014, C-18/13, punto 23; Corte giust., 6 dicembre 2012, C-285/11, punto 25; Corte giust., 21 giugno 2012, C-80/11 e C-142/11, punto 37; Corte giust., 25 ottobre 2001, C-78/00, punto 28; Corte giust., 10 luglio 2008, C-25/07, punto 14; Corte giust., 28 luglio 2011, C-274/10, punto 42; Corte giust., 18 dicembre 1997, C-286/94, C-340/95, C-401/95, C-47/96, punto 47. Tutte concordi nell'affermare che il diritto alla detrazione costituisce un diritto fondamentale per il funzionamento dell'Iva.

68 In argomento, si veda A. GIOVANARDI, *Le frodi IVA. Profili ricostruttivi*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 10 ss.



Al riguardo, se pure la prova della (oggettiva) fittizietà del prestatore del servizio (appaltatore) può anche essere data attraverso il ricorso a presunzioni semplici⁶⁹, valorizzando, ad esempio, l'inesistenza di una struttura operativa adeguata (anche se, nel caso di specie, l'appaltatore risulta effettivamente dotato del personale che costituisce l'elemento principale del contratto di appalto)⁷⁰, occorre altresì che sia data la prova dell'elemento soggettivo, ovvero della consapevolezza, in capo al committente il servizio (appaltante), della fittizietà del fornitore⁷¹.

A tal fine, non pare sufficiente affermare che il committente, quanto meno, avrebbe dovuto sapere che l'operazione posta in essere poteva costituire una frode, specie allorché il prestatore abbia comunque provveduto al versamento dell'Iva⁷². Difatti, criteri di ragionevolezza e proporzionalità rispetto alle circostanze del caso concreto – beninteso per la tipologia di operazioni oggetto del presente contributo – privano di rilevanza elementi (talvolta valorizzati in giurisprudenza⁷³) quali, ad esempio: **i)** l'insussistenza di una concreta

69 Cfr. art. 54, comma 2, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633. In tal senso si veda anche Cass., 27 febbraio 2020, n. 12590, secondo cui «non può revocarsi in dubbio che tale prova possa essere fornita anche mediante presunzioni, come espressamente prevede, per l'IVA, il D.P.R. n. 633 del 1972, art. 54, comma 2 (analoga previsione è contenuta, per le imposte dirette, nel D.P.R. n. 917 del 1986, art. 39, comma 1, lett. d)», nonché: Cass., Sez. V., 19 ottobre 2007, n. 21953, in *Dir. economia assicur.*, 2007, p. 1039 (che fa riferimento alla possibilità che l'amministrazione produca elementi anche indiziari, a sostegno della pretesa fiscale azionata), Cass., Sez. V, 6 giugno 2012, n. 9108, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, p. 739 e Cass., Sez. V, 19 settembre 2012, n. 15741, in *Riv. dott. comm.*, 2012, p. 932, che osserva come costituisca principio di carattere generale che la prova dei fatti possa essere data anche mediante presunzioni.

70 Sull'individuazione, da parte della giurisprudenza, degli elementi oggettivi che consentono di concludere che il soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere di partecipare, con il suo acquisto, ad un'operazione di evasione di Iva, si veda F. RANDAZZO, *Solidarietà del cessionario nel pagamento dell'Iva (art. 60-bis, d.p.r. n. 633/1972) ed il principio di neutralità del tributo negli scritti del prof. Tesauro*, in AA.VV., *Studi in memoria di Francesco Tesauro*, tom. III, p. 539, nonché p. 540 ss., ove l'analisi della più recente giurisprudenza di legittimità sul punto (cfr. Cass., Sez. VI, 12 ottobre 2021, n. 27745).

71 Cfr., tra le tante, Cass., Sez. V, 30 ottobre 2018, n. 27566, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass., Sez. V, 20 aprile 2018, n. 9851, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass., Sez. V, 24 aprile 2017, n. 10120, in *Mass. Giust. civ.*, 2017; Cass., Sez. V, 15 dicembre 2017, n. 30148, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass., Sez. V, 9 settembre 2016, n. 17818, in *Riv. dott. comm.*, 2016, 710.

72 In argomento si veda anche Corte giust., 15 settembre 2022, C-227/21, secondo la quale le Amministrazioni finanziarie non possono disconoscere il diritto di detrazione dell'Iva in capo ad un soggetto passivo ritenendo che costui avrebbe dovuto sapere che il cedente il bene non avrebbe versato l'imposta. Al riguardo, in dottrina, si veda V. MARZIALI, *Limiti al diritto di detrazione dell'Iva. Spunti di riflessioni sulla base di recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2023, p. 784 ss.

73 Quanto ai principali indici sintomatici elaborati dalla giurisprudenza, è possibile indicare: i) l'acquisto dei beni ad un prezzo inferiore a quello di mercato; ii) la limitatezza dell'eventuale ricarico; iii) la presenza di una varietà e pluralità di soggetti promiscuamente indicati nella documentazione di trasporto e nella fatturazione; iv) la scelta di operare secondo canali paralleli di mercato; v) la tempistica dei pagamenti, specie se incrociati od operati su conti esteri a fronte di interlocutori nazionali, ovvero se effettuati per contanti; vi) la qualità del concreto intermediario con il quale sono state intrattenute le



organizzazione⁷⁴; **ii**) l'assenza di una adeguata dotazione di personale; **iii**) l'irregolarità della contabilità e dei pagamenti anche quanto alle loro inusuali modalità; **iv**) la presenza di benefici dalla rivendita dei servizi⁷⁵; **v**) la mancata presentazione delle dichiarazioni fiscali.

D'altra parte, come pure osservato in giurisprudenza, se si ritenessero sufficienti anche pochi indizi, non gravi, non precisi e non concordanti, perché possa integrarsi la presunzione semplice di conoscenza o conoscibilità della frode, gli operatori sarebbero eccessivamente timorosi e potrebbero essere indotti a non rischiare, decidendo di non concludere molti affari, con grave nocimento per i traffici commerciali e quindi per l'economia in generale⁷⁶.

Sicché il criterio di giudizio fondato sul presupposto «non poteva non sapere⁷⁷» appare inservibile allo scopo prima richiamato. Difatti, anche un operatore particolarmente accorto non avrebbe potuto avvedersi (beninteso solamente in una dimensione giuridica) della soggettiva inesistenza dell'appaltatore che, nei casi che in questa sede rilevano, non avrebbe potuto svolgere alcuna attività senza la necessaria dotazione di mezzi e, soprattutto, di personale.

Sotto quest'ultimo profilo, è poi appena il caso di osservare che la Corte di Giustizia afferma che il grado di consapevolezza e di diligenza del soggetto deve essere valutato assumendo come criterio guida quello della ragionevolezza, attraverso una valutazione delle circostanze oggettive presenti nella fattispecie concreta e che, in ogni caso, non si può esigere che il soggetto coinvolto ponga in essere controlli di natura fiscale e non fiscale sulla controparte dell'operazione. La Corte di Lussemburgo, quindi, richiede un grado di diligenza legato alle circostanze del caso concreto, insistendo molto, per salvaguardare il principio di neutralità che

operazioni commerciali; vii) il numero, la qualità e la durata delle transazioni. Peraltro, essi rivestono una scarsa significatività nel caso di contratto di appalto di servizi, ove le prestazioni siano state effettivamente svolte.

74 Cfr. Cass., Sez. V, 23 aprile 2020, n. 8065.

75 Peraltro, sul punto specifico, se l'obbligato solidale *ex art. 60-bis*, comma 2, d.p.r. n. 633/1972, ovvero il committente (appaltante) – in caso di frode fiscale coobbligato assieme al prestatore (appaltatore) – ha facoltà di dimostrare che il prezzo inferiore dei beni (ovvero dei servizi) è stato determinato in ragione di eventi o situazioni di fatto oggettivamente rilevabili o sulla base di specifiche disposizioni di legge e che comunque non è connesso al mancato pagamento dell'imposta, non si vede come tale prova non possa dare anche l'obbligato principale (appaltatore).

76 Cfr. Cass., Sez. VI, 12 ottobre 2021, n. 27745.

77 Al riguardo è appena il caso di osservare come sia stata proprio la Corte di giustizia ad affermare che: «*un soggetto non può avvalersi delle norme del diritto UE quando nell'ambito di una frode fiscale, sapeva (o avrebbe potuto sapere) di partecipare ad una frode e, quindi, non può essere ritenuto incolpevole quel contribuente che non avesse adottato tutte le misure ragionevolmente idonee per evitare la propria partecipazione ad un danno erariale*», su cui, nella prospettiva domestica, si vedano: Cass., Sez. V, 25 marzo 2016, n. 5984; Cass., Sez. V, 20 settembre 2017, n. 21740; Cass., Sez. V, 20 ottobre 2013, n. 24426, in *Mass. Giust. civ.*, 2013; Cass., Sez. V, 10 febbraio 2016, n. 2609; Cass., Sez. V, 20 dicembre 2012, n. 23560, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, p. 1434.



governa la materia, sul legittimo affidamento delle parti in ordine alla correttezza e legittimità dell'operazione⁷⁸.

Pertanto, in mancanza della prova dell'assenza di buona fede, al committente incolpevole (appaltante) non potrà essere negato il diritto alla detrazione dell'imposta⁷⁹.

In ogni caso, nell'ipotesi di affermata indetraibilità dell'Iva in capo al committente (appaltante), il tributo indetraibile finirebbe per assumere la veste di "onere accessorio" rispetto al servizio acquistato e, come tale, risulterebbe deducibile ai fini delle imposte sui redditi.

8. Sulla deducibilità dei costi relativi ad attività illecite.

Volendo ora approfondire il tema dei risvolti tributari delle operazioni oggettivamente inesistenti in relazione alle operazioni di appalto di servizi, ritenute in grado di schermare un illecito appalto di manodopera, è possibile ora soffermarsi sul tema della supposta indeducibilità, ai fini delle imposte sui redditi, dei corrispettivi pagati a fronte delle prestazioni rese dall'appaltatore.

Al riguardo, è appena il caso di ribadire che, a mente del comma 4-*bis* dell'art. 14, legge n. 537/1993, così come sostituito dall'art. 8, comma 1, d.l. n. 16/2012, ai fini della determinazione del reddito non sono ammessi in deduzione (solamente) i costi e le spese per beni e servizi *direttamente utilizzati* per il compimento di illeciti⁸⁰.

Sicché, al contrario, l'indeducibilità è esclusa per tutti quei costi, effettivamente sostenuti che, sebbene genericamente affrontati nell'ambito di un comportamento penalmente rilevante, hanno consentito l'acquisizione di beni e/o servizi non direttamente impiegati per la realizzazione di un reato, secondo un rapporto di strumentalità diretta.

Al riguardo, è appena il caso di osservare che tale ricostruzione non pare contraddetta dalla c.d. "oggettiva inesistenza del costo" perché, per quanto in questa sede interessa, si ipotizzano operazioni solo *giuridicamente* inesistenti, ma non anche tali sotto il profilo storico-naturalistico.

Pertanto, in disparte l'osservazione secondo cui la realizzazione di un illecito non per questo costituisce indice di capacità contributiva⁸¹, deve recisamente escludersi che i costi

78 Cfr. A. BUONOCORE-T. GRATTERI, *Le operazioni soggettivamente inesistenti: giurisprudenza sui profili fiscali e dialogo tra Corti*, luglio 2021, in *MEF - Tax Justice DF*, p. 33, ove il richiamo a Corte giust., 22 ottobre 2015, C-277/14 e Corte giust., 21 giugno 2012, C-80/11.

79 Cfr. Cass., Sez. I, 23 marzo 2018, n. 28298; Cass., Sez. V, 11 marzo 2015, n. 28683; Cass., Sez. V, 10 giugno 2011, n. 12802, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 887.

80 Cfr. comma 4-*bis*, art. 14 legge 24 dicembre 1993, n. 537, come sostituito dall'art. 8, comma 1, n. 16/2012. In argomento, si veda A. CARINCI, *La nuova disciplina dei costi da reato: dal superamento del doppio binario alla dipendenza rovesciata (con diversi dubbi e numerose incongruenze)*, in *Rass. trib.*, 2012, p. 1463.

81 In tal senso F. TESAURO, *Sui costi da illecito necessario allineare le regole tributarie a quelle penali*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 marzo 2012 e *Dir. prat. trib.*, 2012, p. 10461, secondo il quale la norma sui costi da reato dovrebbe essere abrogata, non potendosi giustificare nemmeno qualora fosse ricostruita alla stregua di una disposizione che prevede una sanzione impropria perché, anche in tal caso, essa dovrebbe rispettare



(effettivamente) sostenuti dall'appaltante in relazione al contratto di appalto di manodopera, ove non direttamente impiegati per la realizzazione di un reato, possano mai essere considerati ineducibili, anche qualora il relativo contratto sia stato qualificato come oggettivamente inesistente, unicamente sotto il profilo giuridico.

9. I rapporti tra i due procedimenti. Brevi richiami.

Ancora, quanto ai rapporti fra i due procedimenti, penale e amministrativo-tributario, è appena il caso di osservare che, stante il principio del c.d. "doppio binario" di cui all'art. 20, d.lgs. n. 74/2000, l'Ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto della notizia di reato⁸², sicché sarà certamente opportuno tener conto del principio del *ne bis in idem*, non solo nella sua dimensione sostanziale (*ne bis puniri*), invero già valorizzata dalla giurisprudenza ambrosiana in apertura richiamata ma, soprattutto, nella sua dimensione processuale e procedimentale (*ne bis vexari*)⁸³, evidentemente rilevante anche nella prospettiva qui indagata⁸⁴.

In ogni caso, per quanto concerne di due procedimenti, è opportuno osservare che, stando a quanto affermato in sede di legittimità, la disposizione di cui all'art. 2, d.lgs. n. 74/2000 ha natura strumentale e delinea lo stesso contenuto del principio di specialità di cui all'art. 19 del medesimo d.lgs. n. 74/2000, poiché stabilisce che la sanzione deve in ogni caso essere irrogata anche se il medesimo fatto abbia rilevanza penale, ancorché il necessario avvio del procedimento sanzionatorio trovi il suo bilanciamento nella previsione del secondo comma del predetto art. 21, il quale esclude che la sanzione possa essere posta in esecuzione fino a che il giudizio penale risulti pendente⁸⁵. Difatti, il secondo comma dell'art. 21 in parola prevede

il principio della capacità contributiva (cfr. F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, Cedam, Padova, 1973, p. 311; D. COPPA-S. SAMMARTINO, *Sanzioni tributarie*, in *Enc. dir.*, 1989, p. 425).

82 Cfr. art. 21, d.lgs. n. 74/2000.

83 A quest'ultimo riguardo si veda Corte Edu, 18 maggio 2017. In dottrina P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 119.

84 Sul tema del *ne bis in idem*, in questa sede, è sufficiente richiamare la più recente giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia, come appresso: Corte Edu, Sez. II, 4 marzo 2014, causa *Grande Stevens* c. Italia, nonché Corte Edu, 20 maggio 2014, *Pirttimäki* c. Finlandia; *Nykänen* c. Finlandia e Corte Edu, 27 novembre 2014, *Lucky Dev* c. Svezia, oltre a Corte Edu, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B.* c. Norvegia; infine, per quanto concerne la Corte di Lussemburgo, si vedano: Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, Corte giust., 20 marzo 2018, C-524/15, Corte giust., 20 marzo 2018, C-537/16 e Corte giust., 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16. In dottrina, per una recente ricostruzione del tema, si veda S. F. COCIANI, *Sul divieto di cumulo tra sanzioni penali e tributarie nella prospettiva della riforma dell'ordinamento tributario italiano*, in M. ERRICO, M. I. BLANKENHORST DE TARELLI, J. FEIJOO (a cura di), *Diálogos de la cultura jurídica italo-argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *La Ley*, 2022, p. 379 ss. e, in una prospettiva evolutiva, F. GALLO, *Il ne bis in idem in campo tributario: un esempio per riflettere sul "ruolo" delle alte corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. trib.*, 2017, n. 4, p. 915 ss.

85 Anche se, sul punto specifico, sembra implausibile che l'ente della riscossione – al quale sia stato consegnato il ruolo – si astenga dal mettere in esecuzione la sanzione senza prima aver ricevuto un'esplicita indicazione in tal senso dall'ente titolare del credito erariale. Diversamente, per quanto



che l'eseguibilità delle sanzioni, nei confronti dei soggetti ritenuti penalmente responsabili, è subordinata alla condizione sospensiva della definizione del procedimento penale avvenuta con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto.

Pertanto, al termine del relativo procedimento, ove il giudizio penale si chiuda con sentenza di condanna, la sanzione resta inesequibile, ove invece il giudizio penale si chiuda favorevolmente al contribuente, la sanzione diviene eseguibile solo se il procedimento penale sia stato definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto⁸⁶.

Da ultimo, come meglio si vedrà oltre, fermo restando che nessuna automatica autorità di giudicato può attribuirsi neppure alla sentenza penale irrevocabile (di assoluzione o di condanna) sugli stessi fatti, atteso che nel processo tributario (a parte la differente disciplina in tema di prova testimoniale) trovano ingresso anche presunzioni semplici, da sole non certamente idonee a supportare una pronuncia penale di condanna, si potrebbe comunque ritenere che l'assoluzione o il proscioglimento perché il fatto non sussiste, in taluni casi, è idoneo a dar luogo alla definitiva inesequibilità della sanzione⁸⁷.

10. I rapporti tra processo penale e tributario nella prospettiva della riforma del sistema fiscale.

Per completezza, in una prospettiva *de iure condendo*, va senz'altro osservato che l'art. 20, comma 1, lett. a), n. 3, legge-delega n. 111/2023, per la riforma del sistema tributario, demanda al Governo di «rivedere i rapporti tra il processo penale e il processo tributario prevedendo, in coerenza con i principi generali dell'ordinamento, che, nei casi di sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, i fatti materiali accertati in sede dibattimentale facciano stato nel processo tributario quanto all'accertamento dei fatti medesimi». Tale norma di delega (al momento in cui si scrive non ancora attuata), lungi dall'introdurre una pregiudiziale penale, si limita ad affermare che i fatti materiali accertati nel processo penale, in sede dibattimentale, fanno stato quanto all'accertamento dei fatti medesimi⁸⁸.

concerne gli atti c.d. "impoesattivi", l'intimazione ad adempiere non potrebbe che essere limitata all'imposta e ai correlativi interessi, dovendosi escludere l'eseguibilità della pretesa relativa alle sanzioni che, più opportunamente, potrebbero essere quantificate in uno specifico atto. Ove l'atto impoessativo contenesse anche l'irrogazione delle sanzioni, questo, in quanto esecutivo, potrebbe quindi essere impugnato limitatamente alla pretesa in punto di penalità.

⁸⁶ Cfr. Cass., Sez. V, 8 ottobre 2020, n. 21694, in *Mass. Giust. civ.*, 2020.

⁸⁷ Fermo restando che il decreto di impromovibilità dell'azione penale (*ex art. 408 e ss. c.p.c.*) potrebbe comunque essere diversamente valutato, in sede tributaria, alla luce del complessivo quadro indiziario. Difatti, esso, a differenza della sentenza, ha per presupposto la mancanza di un processo e non dà luogo a preclusioni di alcun genere. In tal senso, Cass., Sez. V, 30 maggio 2018, n. 13624.

⁸⁸ Al riguardo, è possibile segnalare che, talvolta, la giurisprudenza di legittimità ha già affermato che nel giudizio tributario deve essere considerata l'eventuale sentenza penale irrevocabile, sempreché sia



La disposizione in parola sembra da salutare con favore se si rammenta che una simile vincolo, sinora, è stato per lo più escluso dalla giurisprudenza tributaria sulla base della diversità dei mezzi di prova acquisibili nel contesto dei due sistemi, penale e tributario⁸⁹.

In ogni caso, al riguardo, deve sottolinearsi che per aversi l'efficacia della statuizione penale di assoluzione, in sede tributaria, occorre che la sentenza sia stata resa a seguito di dibattimento (a prescindere dal rito).

Sicché, alle richiamate condizioni, i fatti materiali accertati nel processo penale sono destinati a fare stato nel processo tributario quanto all'accertamento dei fatti materiali medesimi, peraltro, a prescindere dalle parti dei rispettivi processi, nel senso che la legge delega non richiede che il contribuente, parte del processo tributario, coincida con l'imputato parte del processo penale⁹⁰.

Quanto appena osservato in ordine alla dimensione oggettiva del fatto, dunque, rileva senz'altro per ciò che in questa sede interessa, essendo assai frequente che ad assumere la veste di imputato nel processo penale è la persona fisica legale rappresentante dell'ente (sia esso il committente-appaltante, ovvero l'appaltatore), mentre la parte privata del processo tributario è la società committente il servizio (appaltante).

Tuttavia, occorre altresì rilevare che l'efficacia della sentenza di assoluzione resa in sede penale, laddove essa risulta dal legislatore delegante limitata all'accertamento dei "fatti materiali", sembra lasciare impregiudicata la questione della qualificazione giuridica degli stessi fatti alla luce delle rispettive categorie legali (penali e tributarie) e, ciò, come pare, nonostante il disposto di cui al nuovo comma 5-bis dell'art. 7, d.lgs. n. 546/1992⁹¹.

In altri termini, stando ad un'interpretazione aderente al dato letterale, la Corte di giustizia tributaria non sarà in alcun modo vincolata ad attenersi alla qualificazione data, dal giudice penale, ai medesimi fatti materiali. Il giudice tributario, semmai, dovrà procedere

accertata la medesimezza dei fatti oggetto di entrambi i giudizi (cfr. Cass., Sez. V, 22 settembre 2021, n. 25632, in *IUS Tributario*, 29 novembre 2021).

89 Cfr. Cass., Sez. VI, 23 dicembre 2022, n. 37619; Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2021, n. 24779. Ferma la distinzione fra le regole in ordine alla formazione della prova nei due plessi nel testo richiamati, è altresì noto che nel processo penale si applica lo standard di giudizio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", mentre, in sede tributaria, si applica lo standard di giudizio del "più probabile che non".

90 Cfr. G. ZIZZO, *La riforma del processo tributario ed i principi della delega*, in A. TOMASSINI (a cura di), *Riforma fiscale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 196 ss.

91 Che, come introdotto dall'art. 6, legge n. 130/2022, prevede che il giudice tributario «annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni», anche perché la stessa norma premette che: «l'amministrazione prova in giudizio – e quindi con le regole proprie del giudizio tributario – le violazioni contestate con l'atto impugnato», tant'è che «il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio». In senso contrario, ovvero sull'estensione degli effetti dell'assoluzione, ottenuta in sede penale, al processo tributario, facendo leva sull'art. 7, comma 5-bis, d.lgs. n. 546/1992, si veda Corte giust. trib., Puglia, 21 agosto 2023, n. 2445.



all'autonoma qualificazione, nella rispettiva sede, dei fatti materiali così come accertati in sede penale, oltre naturalmente alla qualificazione degli altri fatti (non oggetto di accertamento in sede penale) eventualmente introdotti nel processo tributario⁹².

Pertanto, in relazione alle questioni che qui occupano, nella misura in cui l'eventuale assoluzione dal reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti – così come precedentemente contestato in termini di inesistenza giuridica del contratto di appalto – si fonda unicamente sulla mera (ri)qualificazione del rapporto, non è detto che la relativa statuizione vincoli il giudice tributario che, quindi, sarà chiamato a qualificare gli stessi fatti in piena autonomia, peraltro valutando le prove per come queste sono ammesse e disciplinate nel processo tributario ove, come noto, ampio spazio è riservato a quelle di tipo presuntivo, al limite anche prive dei requisiti di cui all'art. 2729 c.c.⁹³.

Dunque, laddove la Corte di giustizia tributaria – sulla base delle regole in materia di prova e sulla base dello standard di giudizio propri del relativo processo⁹⁴ – qualifichi le fatture come inesistenti, essa dovrebbe conseguentemente decidere sulla detraibilità dell'Iva e sulla deducibilità dei relativi costi, invero alla luce della ricostruzione sistematica in precedenza prospettata.

11. Sulla stabilità giuridica del provvedimento di archiviazione in sede penale, in guisa tale da condurre all'applicazione del principio del *ne bis vexari* e, in caso di medesimezza soggettiva, al conseguente annullamento del provvedimento amministrativo con il quale siano state irrogate le relative sanzioni.

Da ultimo, sulla scelta del legislatore delegante di ritenere inidonee a dispiegare effetti, in sede tributaria, le sentenze di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti o, ancora, di non doversi procedere ai sensi degli artt. 529, 531 e 429 c.p.p., come pure con riferimento alle sentenze assolutorie con formula diversa da quella espressamente richiamata⁹⁵, ovvero, più in generale, quanto al tema della rilevanza delle vicende del procedimento penale in sede amministrativa, è appena il caso di menzionare la recente sentenza della Corte di Appello di Milano, Sezione I civile, in data 6 luglio 2023.

Al riguardo, nel caso oggetto della citata pronuncia, il giudice civile, chiamato a decidere sull'impugnazione del provvedimento Consob di irrogazione delle sanzioni amministrative inflitte a seguito di ritenute violazioni della normativa in materia di *insider trading*⁹⁶, ha ritenuto di valorizzare il provvedimento di archiviazione *medio tempore* disposto dal giudice delle

92 Cfr., G. ZIZZO, *La riforma del processo tributario ed i principi della delega*, cit., p. 196.

93 Al riguardo è appena il caso di ricordare come, fino ad ora, i diversi standard probatori applicabili al processo penale e a quello tributario hanno reso difficile estendere alla sede tributaria gli effetti dell'assoluzione ottenuta in sede penale (cfr., di recente, Cass., Sez. V., 14 febbraio 2023, n. 4647).

94 Del "più probabile che non".

95 Ovvero: «perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso».

96 Oggetto di contestazione, in sede amministrativa, risulta essere la violazione dell'art. 187-bis, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 68/1998 (TUF).



indagini preliminari, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 409 e 410 c.p.p., per infondatezza della notizia di reato trasmessa ex art. 184 TUF, sul presupposto della rilevanza, anche a fini penali, degli stessi fatti per i quali era stata irrogata la sanzione amministrativa⁹⁷.

Sicché il giudice civile, in sede di impugnazione della delibera Consob con cui erano state irrogate sanzioni amministrative, si è trovato a dover valutare la rilevanza di un provvedimento favorevole all'indagato, diverso da una sentenza irrevocabile e, quindi, al di fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 649 c.p.p. che, come noto, disciplina, il principio del *ne bis in idem* nella sua declinazione processuale (*ne bis vexari*)⁹⁸. Peraltro, il principio affermato in quest'ultima disposizione, pare potersi applicare tanto alle violazioni in materia di *market abuse*, quanto in materia tributaria, stante la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative irrogate, così come ricostruibile – in ragione della loro significativa afflittività – alla luce dei noti criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte Edu⁹⁹.

Ebbene, il Giudice ambrosiano, rilevata la perfetta coincidenza soggettiva (identità dell'incolpato/indagato) ed oggettiva (medesimezza del fatto storico) in ordine ai due procedimenti, declinato nella prospettiva processuale il principio del *ne bis in idem* (*ne bis vexari*)¹⁰⁰, stante la richiesta di archiviazione formulata dallo stesso pubblico ministero, ha

97 Per un primo commento alla citata sentenza si veda T. POLITI-R. CUCCI, *Insider trading e sanzioni Consob: ne bis in idem anche in caso di archiviazione e standard probatorio del ragionevole dubbio*, in *Giur. pen. web*, 2023, n. 9.

98 La letteratura sull'argomento è assai vasta, in questa sede è quindi possibile limitarsi ad indicare: M.C. FREGNI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e tassazione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2014, 2, p. 211; G. MARINO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza CEDU: dai profili sostanziali a quelli procedurali*, in C. GLENDI (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario*, tom. II, Cedam, Padova, 2019, p. 638; G. MELIS-M. GOLISANO, *Il livello di implementazione del principio del ne bis in idem nell'ambito del sistema tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2020, n. 3, p. 597; J. KOKOTT-P. PISTONE- R. MILLER, *Diritto internazionale pubblico e diritto tributario: i diritti del contribuente*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, n. 2, p. 454; R. ALFANO-E. TRAVERSA, *L'impatto del diritto europeo sull'applicazione del divieto di bis in idem in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2021, n. 1, pp. 10-65; G. MELIS, *Il ne bis in idem*, in A. CARINCI-T. TASSANI (a cura di), *I diritti del contribuente, Principi, tutele e modelli di difesa*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 617 ss.; A. FAZIO, *I rapporti tra processo tributario e processo penale: la crisi del principio del 'doppio binario' nella prospettiva dello scambio internazionale di informazioni fiscali*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, n. 1, p. 1955 ss.

99 A partire dal Corte Edu, 8 giugno 1976, *Engel* e altri c. Paesi Bassi.

100 Al riguardo, nella prospettiva della Corte di giustizia, è appena il caso di osservare come questa abbia avuto modo di chiarire che l'art. 50 CDFUE va interpretato nel senso che esso preclude, dopo una sentenza penale di assoluzione, la prosecuzione di un procedimento avente ad oggetto l'irrogazione di una sanzione amministrativa di natura penale, talché il giudice di detto procedimento deve chiudere il secondo processo senza procedere ad alcun ulteriore apprezzamento della condotta che ha integrato l'illecito penale, con l'annullamento in limine del provvedimento di irrogazione della sanzione amministrativa. Cfr. Corte giust., 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16. Per quanto concerne la prospettiva della Consulta si vedano: Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222, in *Giur. cost.*, 2019, p. 2642 e Corte cost., 2 marzo 2018, n. 43, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1940 ove è espresso il principio secondo cui la mera sottoposizione di un imputato a un processo penale per il medesimo fatto per il quale egli sia già stato definitivamente sanzionato in via amministrativa non integra, sempre e necessariamente, una



ritenuto che l'effetto dell'assoluzione, ove disposta prima della conclusione del giudizio amministrativo, dia luogo all'affermazione del divieto di perseguire (*ne bis vexari*), prima ancora che del divieto di sanzionare (*ne bis puniri*)¹⁰¹.

È ora interessante sottolineare che, secondo la Corte di Appello di Milano, nel nostro ordinamento, così come integrato con quello internazionale¹⁰² e sovranazionale¹⁰³, si è già

violazione del *ne bis in idem*. Per completezza, è appena il caso di rilevare che la Consulta, con la recente sentenza Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3370, ha ritenuto sussistente la violazione del principio del *ne bis in idem* e, quindi, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. dell'art. 649 c.p.c., nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter, legge n. 633/1941 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge.

101 Cfr. anche Corte giust., 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, secondo cui: «*in presenza di una sentenza penale definitiva di assoluzione (...) la portata precettiva dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non patisce alcuna limitazione ai sensi dell'art. 52 della stessa Carta*».

102 Quanto all'assai numerosa giurisprudenza della Corte Edu in tema di *ne bis in idem*, volendo limitare il richiamo ai casi più recenti nei quali risulta chiarito il concetto di «definitività della decisione», è possibile segnalare: Corte Edu, 8 luglio 2019, *Mihalache c/Romania*, n. 54012/10, ove (alla luce dell'art. 14, par. 7, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché delle regole generali di interpretazione della Convenzione di Vienna e dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, oltre che dell'art. 54 della Convenzione di attuazione dell'Accordo di Schengen), si precisa che l'autorità della cosa giudicata risulta raggiunta, in particolare, allorquando una pronuncia assume il carattere dell'irrevocabilità, ovvero quando «*non sono disponibili ulteriori rimedi ordinari di impugnazione, o quando le parti hanno esaurito tali rimedi, o hanno lasciato scadere i relativi termini senza avvalersene*» (cfr. par. 37). Sicché, da un lato, può escludersi la necessità dell'intervento di un organo giudiziario (inteso come giudice terzo e imparziale) affinché un provvedimento possa qualificarsi come «decisione» e, dall'altro, il significato delle nozioni di «assoluzione» e «condanna» può essere ricostruito in ragione di un accertamento della responsabilità penale dell'imputato sulla base di prove che siano idonee a motivare, nel merito, la decisione adottata e la fondatezza o meno della contestazione mossa. Sicché si ha «condanna», ad esempio, allorquando l'autorità abbia irrogato una sanzione (sostanzialmente) penale nei confronti dell'autore dell'illecito, in quanto ciò presuppone, di norma, un accertamento della liceità della condotta contestata alla luce di tutte le circostanze del caso concreto.

103 Quanto alla giurisprudenza eurounitaria, con particolare riferimento alla nozione di definitività, si vedano: Corte giust., 29 giugno 2016, C-486/14), secondo la quale si considera che una persona ricercata sia stata oggetto di una sentenza definitiva per gli stessi fatti nel caso in cui, in esito a un procedimento penale, l'azione penale si sia definitivamente estinta o, ancora, qualora le autorità giudiziarie di uno Stato membro abbiano emanato una decisione di definitivo proscioglimento dell'imputato per i fatti contestatigli in precedenza, nonché Corte giust., 16 novembre 2010, C-261/09). Quanto alla nozione di «sentenza» (su cui l'art. 3, punto 2 della Decisione Quadro 2002/584 relativa al mandato d'arresto Europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri) si veda altresì Corte giust., 25 luglio 2018, C-268/17, ove la precisazione che il relativo termine deve essere inteso in senso ampio, con riguardo ad ogni decisione che chiuda definitivamente il procedimento penale in uno Stato membro, ancorché non adottata da un giudice con forma di sentenza, dunque secondo un criteri di valutazione di tipo sostanziale, ovvero, indipendentemente dal fatto che tale decisione provenga da un giudice o che



affermato il principio secondo cui anche provvedimenti dotati di una *stabilità giuridica limitata*, rispetto ad una sentenza irrevocabile, possono comunque fondare l'applicazione del divieto di *bis in idem*¹⁰⁴ che, permeando l'intero ordinamento, vieta la reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica *res iudicanda*, peraltro in piena sintonia con le esigenze di razionalità e funzionalità connaturate al sistema rispetto al quale l'art. 649 c.p.p. costituisce un singolo, specifico, punto di emersione che, in ogni caso, non esaurisce la portata del principio in parola. A quest'ultimo riguardo, merita altresì sottolineare come lo stesso Giudice ambrosiano abbia qualificato il *ne bis in idem* alla stregua di un diritto fondamentale, come tale riconosciuto sia dal Trattato Edu che dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), con il risultato di imporne il rispetto anche al giudice nazionale chiamato ad applicare la legge interna.

Pertanto, nella misura in cui il provvedimento di archiviazione – che non è impugnabile nel merito (pur essendo revocabile a seguito di richiesta di riapertura delle indagini da parte del pubblico ministero in presenza dei relativi presupposti¹⁰⁵) – costituisce l'esito di uno scrutinio effettuato da parte di un giudice terzo ed imparziale, specie ove esso avvenga previa instaurazione del contraddittorio tra le parti¹⁰⁶, esso risulta senz'altro assistito da quella stabilità giuridica che, a sua volta, risulta idonea a fondare l'applicazione del *ne bis vexari*¹⁰⁷.

In definitiva, sulla base di quanto ricostruito nella sentenza in questa sede richiamata, con particolare riferimento alle questioni nella presente sede esaminate (beninteso in presenza del requisito della medesimezza oggettiva e soggettiva), è possibile auspicare che il principio del

assuma la forma di una sentenza o che sia stata irrogata una sanzione (cfr. Corte giust., 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-385/01).

104 Cfr. Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1147; Cass., S.U., 23 febbraio 2000, n. 8, in *Cass. pen.*, 2001, p. 48 con riferimento al decreto di archiviazione seguito da riapertura delle indagini senza autorizzazione del giudice ex art. 414 c.p.p.; Corte cost., 17 giugno 1997, n. 206, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3277, con riferimento alla sentenza di non luogo a procedere in assenza del provvedimento di revoca ex art. 434 c.p.p.; Cass., Sez. I, 30 aprile 2019, n. 40132, in *D&G*, 2019, 2 ottobre, con riferimento a ordinanze cautelari; Cass., S.U., 29 ottobre 2009, n. 600, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2167 con riferimento a misure di prevenzione.

105 e sui quali deve comunque esprimersi il GIP con decreto motivato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 414 c.p.p.

106 In tal senso anche T. POLITI-R. CUCCI, *Insider trading e sanzioni Consob: ne bis in idem anche in caso di archiviazione e standard probatorio del ragionevole dubbio*, cit., p. 8, secondo i quali la soluzione proposta dal Collegio deve ritenersi ancor più valida alla luce del nuovo parametro legale stabilito dalla Riforma Cartabia in tema di richiesta di archiviazione, atteso che, come noto, alla "sostenibilità dell'accusa in giudizio" è stato sostituito l'ancor più penetrante giudizio prognostico circa la possibilità di formulare una "ragionevole previsione di condanna". Ancora, quanto alla

107 Cfr. T. POLITI-R. CUCCI, *Insider trading e sanzioni Consob*, cit., p. 8, i quali osservano come le Sezioni Unite penali abbiano da tempo statuito che «il difetto di autorizzazione alla riapertura delle indagini (...) preclude l'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto di reato, oggettivamente e soggettivamente considerato» (Cass., S.U., 24 giugno 2010, n. 33885, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4053 e, nello stesso senso v. Corte Cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1147).



ne bis vexari, anche allorquando il privato abbia ottenuto l'archiviazione in sede penale, osti allo svolgimento di un secondo procedimento, in sede amministrativa, dal quale possa derivare l'irrogazione di sanzioni sostanzialmente penali.

Peraltro, una tale ricostruzione appare altresì coerente con lo standard probatorio che s'impone nella *matière pénale* e alla stregua del quale il criterio di valutazione della prova "oltre ogni ragionevole dubbio" finisce così per imporsi nella sede amministrativa ove, discutendosi dell'irrogazione di sanzioni sostanzialmente penali, non dovrebbe farsi ricorso al criterio di valutazione della prova del "più probabile che non".

Sicché, in definitiva, allorquando l'archiviazione del procedimento in sede penale per infondatezza della notizia di reato sopraggiunga prima della definizione del procedimento amministrativo sull'irrogazione della relativa sanzione, il principio del *ne bis vexari* impone che questo secondo procedimento si concluda con l'annullamento del provvedimento d'irrogazione delle sanzioni.

Da ultimo, si badi, una tale ricostruzione sembra altresì pienamente coerente con la recentissima riformulazione della legge n. 212/2000, ad opera del d.lgs. n. 219/2023.

Difatti, non solo il comma 3-*bis* dell'art. 1 dello statuto dei diritti del contribuente prevede – per quanto in questa sede interessa – che «*Le amministrazioni statali osservano le disposizioni della presente legge concernenti (...) il divieto del bis in idem – e – il principio di proporzionalità (...)*», ma, anche, il primo comma del medesimo art. 1, dispone che le disposizioni statutarie costituiscono attuazione «*delle norme della Costituzione, dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*» e, come tali, rappresentano «*principi generali dell'ordinamento tributario, criteri di interpretazione della legislazione tributaria e si applicano a tutti i soggetti del rapporto tributario*»¹⁰⁸.

12. Conclusioni.

Volendo ora formulare alcune brevi considerazioni conclusive, è possibile osservare che gli orientamenti della giurisprudenza in precedenza richiamati disvelano una qualche tendenza ad affermare la responsabilità penale a fronte di condotte che, pur astrattamente meritevoli di una qualche riprovazione nella prospettiva giuslavoristica, tuttavia non si risolvono in una vera e propria fraudolenta evasione d'imposta né, tantomeno, in un abuso del diritto¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cfr. art. 1, d.lgs. n. 219/2023,

¹⁰⁹ Difatti, come osservato, le imposte (tanto sul valore aggiunto quanto sui redditi) risultano regolarmente dichiarate e versate, sicché non sembra potersi configurare alcun comportamento evasivo o, tantomeno, fraudolento, né – in disparte l'affermata non punibilità delle condotte abusive a mente del comma 13 dell'art. 10-*bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212 – sembra potersi configurare alcun abuso del diritto, anche solo ai fini Iva, giacché questo presuppone il conseguimento di un qualche vantaggio fiscale "indebito" (contrario cioè anche solo allo spirito della norma aggirata), nonché l'evidenza che le finalità essenziali delle operazioni realizzate si limitino all'ottenimento del suddetto vantaggio fiscale (cfr. Corte giust., 15 settembre 2022, C-227/21).



Invero, nei casi particolari che in questa sede rilevano, la contestazione della lesione del c.d. “bene giuridico protetto” dalla norma di cui all’art. 2, d.lgs. n. 74/2000 non presuppone alcuna materiale sottrazione di gettito ma, tutt’al più, discende dall’affermazione della sussistenza di una “evasione da interpretazione” (essenzialmente rilevante in sede giuslavoristica), peraltro ritenuta dimostrata a dispetto di una ricostruzione sistematica che, specie nella prospettiva tributaria, esclude qualsivoglia effettiva evasione tributaria¹¹⁰.

In ogni caso, nella particolare prospettiva da ultimo richiamata, quantunque, in sede penale, sia contestato il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni (soggettivamente, ovvero oggettivamente) inesistenti, tanto ai fini dell’Iva, quanto ai fini delle imposte sui redditi, sulla base di una ricostruzione sistematica, anche alla luce della giurisprudenza eurounitaria e della Corte Edu, appare fondatamente censurabile tanto il diniego del diritto alla detrazione dell’Iva in capo al committente (appaltante), in caso di contestazione di operazione soggettivamente inesistente, quanto il diniego del diritto alla deduzione, ai fini delle imposte sui redditi, di costi, spese ed oneri relativi ai corrispettivi dell’appalto, in caso di contestazione di operazione oggettivamente inesistente. Difatti, nel primo caso, non sembra potersi ritenere provata alcuna violazione tributaria, nemmeno in via presuntiva, dato il verificarsi della circostanza in base alla quale l’appaltatore (in una dimensione storico-naturalistica) si è effettivamente servito dell’organizzazione di capitali e di persone per svolgere la prestazione di cui al contratto di appalto, come pure, nel secondo caso, non sembra potersi affermare l’indeducibilità ai fini delle imposte sui redditi, in capo al committente (appaltante), dei corrispettivi del contratto di appalto perché essi – in quanto corrisposti a fronte di operazioni effettivamente svolte – non risultano essere relativi a beni o servizi direttamente utilizzati per il compimento di un delitto non colposo che, invero, risulta configurato *ex post* sulla base di ritenuta giuridica insussistenza del contratto.

Quanto poi alla dimensione dinamica delle richiamate vicende, se pure, in una prospettiva *de iure condendo*, il c.d. “pessimismo della ragione” induce a ritenere non proprio realistico che un’eventuale sentenza di assoluzione ottenuta all’esito del processo penale possa fare stato, quanto ai fatti materiali nel relativo dibattimento accertati, con riferimento agli stessi fatti oggetto del processo tributario, il c.d. “ottimismo della volontà” impone di guardare con una certa fiducia, tanto al principio della legge delega sopra richiamato, quanto alla giurisprudenza ambrosiana che, in applicazione del principio fondamentale del *ne bis in idem*, dispone l’annullamento del provvedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni allorché lo stesso soggetto abbia precedentemente conseguito l’archiviazione in sede penale e, così come se l’imputato avesse conseguito l’assoluzione all’esito del dibattimento.

110 In tal senso anche A. M. DELL’OSSO, *Appaltante, datore di lavoro, evasore fiscale*, cit., p. 67 ss.



QUANDO A STRESSARSI È L'AVATAR. TECNOLOGIE IMMERSIVE E NUOVE SFIDE PER LA TUTELA DELLA SALUTE E DELLA SICUREZZA SUL LAVORO

Carmen Di Carluccio*

Abstract [It]: Il saggio propone una riflessione sulle questioni che la sfida del metaverso pone per il giuslavorista con specifico riguardo ai profili di salute e sicurezza sul lavoro. In questa prospettiva, particolare attenzione è riservata ai rischi legati alla dimensione organizzativa del lavoro indotti dalle “sollecitazioni” che provoca la realtà virtuale e/o aumentata immersiva sulla psiche e sul fisico della persona; rischi le cui incidenza e modalità di manifestazione risultano essere più significative e subdole via via che si assottiglia il divario tra reale e simulato e ci si avvicina alla nozione di metaverso come estensione tridimensionale del luogo di lavoro. Il contributo propone una prima valutazione sull’adeguatezza dello strumentario lavoristico a governare il cambiamento epocale che si profila all’orizzonte.

Abstract [En]: The paper proposes a reflection on the challenges brought about by the advent of the metaverse for labour law experts, with specific regard to the occupational health and safety aspects. In this perspective, there is a particular emphasis on the risks associated with the organizational dimension of work, driven by the “stimuli” introduced by immersive virtual and/or augmented reality, affecting both the mental and physical well-being of the individuals. These risks gain increased significance and subtlety as the distinction between reality and simulation diminishes, moving towards the notion of the metaverse as a three-dimensional extension of the workplace. The contribution suggests an initial assessment of the effectiveness of the current labour law framework in navigating the impending epochal shift, prompting considerations about the potential need for more contemporary preventive regulations.

SOMMARIO: 1. La salute e la sicurezza della persona che lavora alla prova del metaverso. - 2. Oltre la “nausea da realtà virtuale”. Permanenza nella condizione immersiva e rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore. - 3. *Workhaolism*, *technostress* e rischi da *e-contact*. - 4. Sorveglianza digitale e invasività delle tecnologie immersive. - 5. Per un lavoro sicuro nel meta-spazio: prevenire e gestire i rischi psicosociali. - 6. Segue. Promuovere un lavoro umanamente sostenibile.



1. La salute e la sicurezza della persona che lavora alla prova del metaverso.

Lo sviluppo della tecnica ha profondamente modificato le coordinate di luogo e di tempo che definiscono il lavoro, come pure le modalità di organizzazione e gestione delle attività lavorative, attivando un flusso comunicativo costante tra uomini, macchine e prodotti, per effetto del quale in ogni luogo rischia di propagarsi il tempo del lavoro e in ogni tempo rischia di innestarsi spazio di lavoro¹. Queste dinamiche, che involgono le multiformi e sfuggenti forme di lavoro digitale², finiscono per generare o favorire condizioni oggettive per il proliferare di un crescente disagio legato al lavoro e a inedite fragilità sul/del lavoro³.

Il dato appare assai evidente rispetto al processo di progressiva relativizzazione e scomposizione dell'unità spaziale⁴ su cui si è stratificato il diritto del lavoro delle origini, che sembra trovare il punto più avanzato nella nuova realtà in via di formazione, il metaverso⁵ o,

1* Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università della Campania Luigi Vanvitelli.

Su questo processo, da ultimo, v. M. BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori. Il rapporto individuale di lavoro* e M. ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, Relazioni alle Giornate di Studio Aidlass Campobasso 25-26 maggio 2023, dattiloscritti.

2 Sui termini inediti e difficili da decifrare nella loro reale essenza e nella loro declinazione all'interno degli ambienti di lavoro con cui deve oggi confrontarsi il diritto del lavoro v. S. BORRELLI - L. ZAPPALÀ - L. LAZZERONI - V. BRINO - C. FALERI - L. TEBANO, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, Torino, 2022.

3 Cfr. i documenti EU-OSHA più recenti: *Managing psychosocial risks in European micro and small enterprises: Qualitative evidence from the Third European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER 2019)*, 2022; *Digital platform work and occupational safety and health: overview of regulation, policies, practices and research*, 2022; *The future of working in a virtual environment and occupational safety and health*, 2021; *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*, 2018.

4 I concetti di organizzazione e di luogo di lavoro si sono «progressivamente modificati sino a diventare fluidi»: M. TIRABOSCHI, *Nuovi modelli della organizzazione del lavoro e nuovi rischi*, in *Dir. sic. lav.*, 2022, 2, I, p. 148. Sul punto cfr. P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *federalismi.it*, 2022, 9; B. CARUSO-L. ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. DEL PUNTA, Firenze University Press, Firenze, 2022, p. 23 ss.; A. TOPO, *Il luogo di esecuzione della prestazione nell'organizzazione digitalizzata*, in *federalismi.it*, 2022, 19, p. 201 ss.; L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in *Il lavoro e i suoi luoghi*, a cura di A. OCCHINO, Vita e Pensiero, Milano, 2018, p. 27 ss.

5 In ambito lavoristico v. M. BIASI, *Il decent work e la dimensione virtuale: spunti di riflessione sulla regolazione del lavoro nel Metaverso*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, 1; C. ROMEO, *L'avatar, il metaverso e le nuove frontiere del lavoro: traguardo o recessione*, in *Lav. giur.*, 2023, 5; A. DONINI-M. NOVELLA-M.L. VALLAURI, *Prime riflessioni sul lavoro nel metaverso*, in *Lab. Law Iss.*, 2022, 8(2); M. MARTONE, *Prime riflessioni su lavoro e metaverso*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, p. 1131 ss.; M. PERUZZI, *"Almeno tu nel metaverso". Il diritto del lavoro e la sfida dei nuovi spazi digitali*, in *Lab. Law Iss.*, 2022, 8(2), p. 64 ss., nonché i contributi citati nelle note che seguono.



rectius, i metaversi⁶. Anche (anzi ancor più) nel meta-spazio - inteso quale «rete interoperabile e su larga scala di mondi virtuali tridimensionali rappresentati in tempo reale, che può essere esperita in maniera sincrona e persistente da un numero illimitato di utenti con una sensazione individuale di presenza, e con continuità di dati»⁷ -, si ripropone il tema classico della tutela della salute e della sicurezza della persona che lavora. Persona che sarà implicata con tutte le sue molteplici dimensioni sollecitate attraverso l'esperienza immersiva, da quella sociale a quella politica, da quella economica a quella emotiva, e «per quanto potrà essere pervasiva e ubiqua la dimensione del metaverso, manterrà inevitabilmente una materialità fisica non obliterabile dalla tecnologia e dal diritto»⁸.

La necessità di preservare l'integrità fisica del lavoratore, nonché di proteggerne la personalità morale, induce a ragionare sull'esportabilità delle regole che governano l'obbligo di sicurezza dai luoghi di lavoro fisici ai luoghi virtuali in una prospettiva sistemica che tenga conto della natura polimorfa del bene salute protetto⁹. Facendosi interprete delle trasformazioni in essere nella società il giurista "tecnologico"¹⁰ è chiamato a interrogarsi sull'adeguatezza dello strumentario lavoristico a governare il cambiamento epocale che si profila all'orizzonte ovvero sulla necessità di più moderne regole di prevenzione.

Una riflessione su questi profili presuppone un'analisi dei rischi cui è potenzialmente esposto il lavoratore nella realtà virtuale e immersiva, funzionale all'individuazione delle misure più adatte a contrastarli e prevenirli. Evidentemente la riflessione non può trascurare

6 Secondo uno studio dell'Osservatorio Realtà Aumentata e Metaverso del Politecnico di Milano (presentato il 23 aprile 2023) esistono 212 realtà immersive ed aumentate, tuttavia allo stato le attività sono per lo più sviluppate su tre piattaforme (The Sandbox, Decentraland e Roblox) e solo la metà dei mondi virtuali esistenti è già *metaverse ready* ossia liberamente accessibile da chiunque, persistente, economicamente attivo, dotato di grafica 3D, con componenti di interoperabilità che permetterebbero di utilizzare gli *asset* digitali su più piattaforme.

7 M. Ball, *The Metaverse: And How It Will Revolutionize Everything*, Liveright Publishing Corporation, New York, 2022, edito nella versione italiana per i tipi di Garzanti con il titolo *Metaverso. Cosa significa, chi lo controllerà e perché sta rivoluzionando le nostre vite*. Universi paralleli hanno preso vita sia in letteratura sia nell'arte filmica già sul finire del secolo scorso. *Snow Crash* è il romanzo di fantascienza scritto nel 1992 da Neal Stephenson in cui, per la prima volta, appare il termine metaverso accompagnato da una descrizione dettagliata della vita che si conduce in esso e degli strumenti attraverso cui gli uomini accedono alla realtà virtuale.

8 A. DONINI-M. NOVELLA-M.L. VALLAURI, *Prime riflessioni sul lavoro nel metaverso*, cit., V.

9 Sul rilievo centrale della nozione di salute (quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità»), capace d'inglobare al proprio interno anche quella di sicurezza, ancor più dopo la riscrittura dell'art. 41 Cost., v., da ultimo, C. LAZZARI, *Lavoro senza luogo fisso, de-materializzazione degli spazi, salute e sicurezza*, in *Lab. Law. Iss.*, 2023, 1.

10 Sul «processo di metamorfosi della figura del giurista come umanista in quella del giurista tecnologico» v. V. FROSINI, *The lawyer in technological society*, in *European journal of law, philosophy and computer science*, voll. I-II, 1998, p. 293 ss.



le molteplici nozioni di metaverso allo stato prospettabili: quale mero strumento informatico di lavoro (nell'ipotesi in cui il datore si limiti a munire il lavoratore delle tecnologie per il collegamento a una piattaforma digitale con funzionalità immersive), quale realtà mista che combina, senza operare distinzioni, reale e virtuale, o, ancora, quale luogo di lavoro totalmente virtuale¹¹. I *timing* e gli sbocchi di questa «prospettiva a formazione progressiva»¹² sono mutevoli e non del tutto prevedibili, in quanto ancorati ai processi di digitalizzazione avanzata e di autonomizzazione delle relazioni socio-economiche in corso. Nondimeno il fenomeno dei *virtual worlds* suscita già molto interesse¹³, anche in ragione del valore economico del relativo business e della necessità di rendere gli spazi digitali sicuri per utenti e imprese¹⁴. Solo nel 2021 si è registrato all'interno dell'UE, un incremento della realtà virtuale e aumentata di oltre il 26%, rispetto all'anno precedente¹⁵. Numeri enormi che, secondo un recente studio del World Economic Forum sul futuro del lavoro, sono destinati a crescere in misura esponenziale, ipotizzandosi entro i prossimi 5 anni l'adozione della realtà aumentata e/o virtuale da più del 59% delle aziende nel mondo, con picchi che supereranno il 70% nel caso di imprese operanti nei settori tecnologici¹⁶. I mondi virtuali condizioneranno il modo in cui le persone vivono, lavorano, creano e condividono contenuti, nonché il modo in cui le imprese operano, innovano, producono e interagiscono con i clienti, sollecitando un attento monitoraggio delle

11 Sul punto, v. A. DONINI-M. NOVELLA, *Il metaverso come luogo di lavoro. Configurazione e questioni regolative*, in *Lab. Law Iss.*, 2022, 8(2), p. 13 ss. Cfr. altresì M. BIASI-M. MURGO, *The virtual space of the Metaverse and the fiddly identification of the applicable labor law*, in *It. Lab. Law e-Jour.*, 2023, 16(1), dove si distingue tra *ancillary meta-work* e *pure meta work*, per riferirsi alla prestazione svolta saltuariamente ovvero interamente nello spazio virtuale.

12 M. PERUZZI, "Almeno tu nel metaverso" cit., p. 65.

13 Forte è l'interesse manifestato dalla Commissione europea, che ha scelto di ricorrere a un'iniziativa non legislativa: v. Comunicazione della Commissione, *An EU initiative on Web 4.0 and virtual worlds: a head start in the next technological transition*, 11 luglio 2023; European Economic and Social Committee opinion *Initiative on virtual worlds, such as the metaverse (exploratory opinion at the request of the European Commission)*, 27 April 2023; Consiglio dell'Unione europea, *Metaverse - virtual worlds, real challenges*, 9 marzo 2022.

14 L'Unione europea, cogliendo tale esigenza, ha recentemente adottato il *Digital Service Package*, composto dal *Digital Service Act* (DSA: Regolamento (Ue) 2022/2065) volto a definire uno spazio digitale sicuro per utenti e imprese, e dal *Digital Markets Act* (DMA: Regolamento (Ue) 2022/1925) per assicurare condizioni di parità a tutte le aziende digitali. Nelle pieghe di questa nuova regolamentazione pare rientri anche il metaverso come piattaforma digitale, in attesa di una (eventuale) regolamentazione *ad hoc*. In numerose letture si sostiene, infatti, che il DSA può «costituire la base giuridica per tentare di disciplinare il metaverso»: così P. BONINI, *Questioni e prospettive di diritto costituzionale*, in *GiustAmm.it*, 2022, 9, p. 10.

15 AA. VV., *XR and its potential for Europe*, Brussel, Ecorys, 2021, p. 27.

16 World Economic Forum, *Future of Jobs Report*, Insight Report, Switzerland, 2023, p. 26.



ricadute sul contesto imprenditoriale, sulle condizioni di lavoro e sull'evoluzione della società civile¹⁷.

Probabilmente siamo troppo vicini a questo fenomeno per poterlo analizzare a fondo: in quanto interpreti della "quarta rivoluzione dell'umanità" siamo ancora poco consapevoli delle conseguenze inedite di questo nuovo paradigma¹⁸. Ma, se del "domani non v'è certezza", appare verosimile ipotizzare che in uno spazio artificiale, privo di limiti predefiniti, ai tradizionali rischi dell'ambiente fisico in cui si colloca il lavoratore e rischi ergonomici, causati dai dispositivi tecnologici che consentono di accedere al (e operare nel) metaverso¹⁹, si affianchino i rischi legati alla dimensione organizzativa del lavoro indotti dalle "sollecitazioni" che provoca la realtà virtuale e/o aumentata²⁰ sulla psiche e sul fisico della persona. Rischi, quest'ultimi, le cui incidenza e modalità di manifestazione risultano essere più significative e subdole via via che si assottiglia il divario tra reale e simulato e ci si avvicina alla nozione di metaverso come estensione tridimensionale del luogo di lavoro.

17 Così la Comunicazione della Commissione, *An EU initiative on Web 4.0 and virtual worlds: a head start in the next technological transition*, cit.

18 L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017, secondo cui siamo dinanzi a un passaggio epocale che rappresenta una quarta rivoluzione dell'umanità: dopo quelle realizzate da Copernico con il suo eliocentrismo, Darwin con il suo evolucionismo e Freud con il suo inconscio, il padre putativo della quarta rivoluzione è Alan Turing, creatore del primo computer.

19 Ci si riferisce principalmente a disturbi muscoloscheletrici, problemi al sistema cardiovascolare, affaticamento visivo e mentale, nonché ai pericoli conseguenti all'esposizione a onde elettromagnetiche emesse dai dispositivi di connessione *wireless* o, ancora, ai rischi derivanti dall'interazione con *robot* e macchine (con o senza intelligenza artificiale) e/o con nuovi materiali. Sul rischio da "ignoto tecnologico" v., *ex multis*, G. LUDOVICO, *Nuove tecnologie e tutela della salute del lavoratore*, in *Nuove tecnologie e diritto del lavoro*, a cura di G. LUDOVICO-F. FITA ORTEGA-T.C. NAHAS, Milano University Press, 2021, p. 79 ss.; L.M. PELUSI, *Nuove competenze per la prevenzione dei rischi nella IV rivoluzione industriale. Da nuovi rischi, nuove professionalità*, in *Working Paper. Salus Adapt*, 2020, 3; G. PIGLIALARMI, *Il 5G e i nuovi ambienti di vita e di lavoro. Quale sfida per il diritto?*, in *Working Paper. Salus Adapt*, 2020, 3; M. TIRABOSCHI, *Esposizione a campi elettromagnetici prodotti da telefoni cellulari, malattia professionale a eziologia multifattoriale, tutele del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 2, p. 555 ss. V. anche il documento finale dell'European Risk Observatory, *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*, European Agency for Safety and Health at Work, 2018; *Rapporto indipendente sui campi elettromagnetici e diffusione del 5G*, 2019, promosso da ISDE e European Consumers.

20 La distinzione tra realtà virtuale (ossia un mondo completamente artificiale) e realtà aumentata o mista (ossia un mondo che sovrappone o combina digitale e reale, creando un'esperienza tridimensionale che consente all'utente di interagire sia con il mondo fisico che con quello digitale) non assume rilievo significativo ai fini dell'analisi dei rischi per la salute e sicurezza del lavoratore, pertanto nel testo si farà indistintamente riferimento all'una o all'altra. Sul tema v. L. ROBINSON, *The Metaverse of the 1900s*, in *Medium.com*, 5 gennaio 2022.



Nel mondo virtuale - che si confonde con quello reale, vissuto spesso in modalità *onlife*²¹ - si ridisegnano i confini della corporeità, delle identità e delle soggettività. Si delinea un nuovo *setting*, libero da limitazioni spaziali e stanzialità culturali²², con il quale (anche) il diritto del lavoro deve confrontarsi per accompagnare il processo di trasformazione irreversibile nel suo divenire²³. Un'operazione, questa, necessaria, ancor più rispetto a uno scenario meta-nazionale e multidimensionale²⁴, con ripercussioni di non poco conto sul piano delle tutele lavoristiche e di sicurezza sociale applicabili²⁵.

2. Oltre la “nausea da realtà virtuale”. Permanenza nella condizione immersiva e rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore.

Il lavoratore “in carne e ossa” opera nel mondo reale utilizzando un'apposita strumentazione tecnica che consente di riprodurre contestualmente nella realtà virtuale corrispondenti movimenti o comportamenti “animati” dall'*alter ego* digitale²⁶; al contempo egli avverte sul proprio corpo l'effetto della percezione dell'identità digitale, che si potenzia quando l'esperienza virtuale è assorbente e involge il senso tattile.

21 Così L. FLORIDI, *The Onlife Manifesto. Being human in a hyperconnected era*, Springer, Berlino, 2015.

22 Su questi profili v. P. ELLERANI, *Un lavoro sintetico-immersivo nel metaverso? Limiti e opportunità*.

23 L'esigenza di assicurare una piena protezione ai diritti fondamentali della persona nel metaverso ha indotto a costituire, su iniziativa della prima Commissione Affari Costituzionali, una Commissione permanente sul tema del “metaverso” e delle sue implicazioni per l'ordinamento giuridico italiano (n. 1144 del 31 marzo 2022).

24 Cfr. l'Audizione informale al Senato del prof. Celotto, secondo cui «il carattere meta-nazionale, la presenza di numerosi attori portatori di interessi diversi (Stati, aziende private e utenti individuali) e la multidimensionalità (la convergenza tra mondo fisico e virtuale) sono tutti elementi che rendono complesso formulare un quadro delle responsabilità e dei doveri a cui sono tenuti gli utenti del Metaverso. L'incertezza in termini di governabilità rischia giocoforza di indebolire la tutela dei diritti dei soggetti che operano in questa nuova dimensione e rende più difficile una disciplina unitaria» (Commissione permanente, seduta n. 211 del 6 luglio 2022).

25 Si pensi, ad esempio, al pericolo di *dumping* sociale associato al possibile reclutamento di “meta-lavoratori” residenti in Paesi dove operano tutele lavoristiche meno rigorose, su cui v. M. BIASI, *Guest Editorial. The labour side of the Metaverse*, in *It. Lab. Law e-Jour.*, 2023, 16(1), p. VII; M. BIASI-M. MURGO, *The virtual space of the Metaverse and the fiddly identification of the applicable labor law*, cit., spec. p. 5 s.; M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *Metaverso e legislazione applicabile al contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, n. 3, p. 445.

26 L'*avatar*, l'oleogramma o comunque l'identità digitale non è soggetto che svolge una prestazione lavorativa, il suo agire è il riflesso delle prestazioni poste in essere dal lavoratore che opera nel mondo fisico: a garantire il funzionamento del metaverso è il lavoratore “in carne e ossa”. Sul “non-lavoro” dell'*avatar* nel metaverso v. A. DONINI-M. NOVELLA, *Il metaverso come luogo di lavoro* cit., p. 9 ss. Non è questa la sede per occuparsene ma è chiaro che il riconoscimento o meno all'*avatar* della personalità giuridica è questione centrale (anche) per individuare una possibile responsabilità in ambito lavoristico a fronte di ipotesi di “presentismo digitale” o di usurpazione o trasferimento volontario di identità digitale, causa di possibili frodi per il sistema previdenziale.



La condizione immersiva, specialmente se prolungata e multisensoriale, incide in misura rilevante sulla configurazione neurologica del soggetto agente nel mondo reale: la simulazione mentale di un movimento, mediante l'azione dei neuroni specchio, comporta l'attivazione delle stesse aree cerebrali sollecitate durante l'esecuzione dell'azione motoria. I dispositivi immersivi sono in grado di monitorare e amplificare gli stimoli sensoriali, di abilitare a "percepire" sensazioni (dal dolore al piacere, dal caldo al freddo), a "sentire" odori²⁷, a "vivere" emozioni e attivare così connessioni dirette con il mondo artificiale. Basti pensare alla possibilità di "indossare" la "pelle digitale"²⁸ che, per il tramite di leggerissime scosse elettriche, simili a quelle inviate dal cervello umano agli arti, offre in scenari tridimensionali la sensazione di star compiendo attività vicine alla fisicità.

In questo modo si dà vita a un nuovo senso del reale, favorito dall'isolamento dal mondo fisico: non a caso, a completamento dell'esperienza immersiva, è stata da ultimo ideata la "**museruola virtuale**" che consente di isolare la voce umana in uscita trasmettendola solo digitalmente ed escludendo la condivisione con le altre persone presenti nello stesso spazio fisico²⁹.

Per effetto della "illusione percettiva di non mediazione" (o simulazione incarnata) si azzera la consapevolezza di essere all'interno di un mondo simulato³⁰, favorendosi così il "flow" ossia uno stato psicologico soggettivo di massima positività e gratificazione vissuto

27 Numerosi sono i progetti di interfaccia olfattiva in fase di sviluppo e di sperimentazione, nonché i progetti già in essere. Ad esempio, la *startup* friulana Cynexo ha realizzato un mini-olfattometro (Sniff-nano) che arricchisce l'esperienza sensoriale nel metaverso: si possono associare i profumi agli oggetti attraverso l'utilizzo di un sofisticato visore che consente di percepire anche gli odori presenti nello spazio virtuale.

28 Gli studi sull'*e-skin* sono in corso da diversi anni. Il California Institute of Technology sta sviluppando una pelle elettronica in grado di misurare i segni vitali, mentre un gruppo di ricercatori della Graduate School of Engineering dell'Università di Tokyo ha realizzato una pelle in materiale flessibile che rileva il battito cardiaco e gli impulsi elettrici dal movimento dei muscoli.

29 L'azienda giapponese Shiftall ha sviluppato un microfono speciale, dall'aspetto simile a quello di una museruola, con cinghie aggiuntive che circondano la testa dell'utente per fissare il dispositivo, che permette di comunicare nei mondi virtuali trasmettendo la propria voce solo digitalmente. Presentato alla fiera tecnologica CES 2023 tenutasi a La Vegas, *Mutalk* dovrebbe essere messo in commercio a breve a un prezzo iniziale pari a circa 140 euro.

30 M. LOMBARD-T. DITTON, *At the Heart of It All: The Concept of Presence*, in *Journal of Computer-Mediated Communication*, 3(2), 1 settembre 1997. Sul "senso di presenza" per effetto del quale la virtualità passa inosservata rispetto alle percezioni dell'utente, che non riesce a riconoscere il ruolo della tecnologia, garantendosi un'esperienza realistica in un ambiente simulato v. anche G. RIVA, *Is presence a technology issue? Some insights from cognitive sciences*, in *Virtual Reality*, 2009, 13, p. 159 ss.



durante lo svolgimento di un'attività corrispondente alla «completa immersione nel compito»³¹.

Eppure anche in ipotesi di *flow*, nella maggioranza dei casi, a valle dell'esperienza immersiva prolungata, la persona sperimenta una condizione di malessere generalizzato - noto come *cybersickness* o nausea da realtà virtuale - accompagnato da nausea, vertigini, mal di testa, sudorazione, disorientamento, instabilità posturale, affaticamento³²; un malessere determinato probabilmente da uno squilibrio del sistema vestibolare per sfasamento tra ciò che gli occhi vedono e ciò che l'orecchio interno percepisce³³.

Al di là della non poco problematica *cybersickness*, la lunga permanenza in una condizione immersiva è potenzialmente capace di generare delle vere e proprie patologie, o meglio "tecono-patologie", disturbi fisici, psicologici, comportamentali e relazionali direttamente o indirettamente connessi all'(ab)uso della tecnologia. Si tratta di malattie allo stato non riconosciute nel contesto clinico internazionale: solo la dipendenza da *videogames* (*gaming disorder*) è stata collocata dal 2013 nel Manuale Diagnostico e Statistico dei disturbi mentali dall'*American Psychiatric Association* (tra i disturbi psichiatrici di origine tecnologica) e, a partire dal 2022, inclusa nell'*International Classification of Diseases* dall'OMS in quanto malattia mentale³⁴.

Eppure moltissimi studi registrano un nesso tra salute, soprattutto mentale, del lavoratore e fattori di contesto e contenuto del lavoro digitale. Pur senza farsi condizionare dall'immagine

31 Sull'esperienza di *flow* v. AA. VV., *The Concept of Flow. Handbook of positive psychology*, 2002, Oxford University Press, spec. p. 89 ss.

32 Cfr. i dati diffusi da un gruppo di ricerca che ha effettuato un esperimento di laboratorio sulla *cybersickness* con un campione ampio ed eterogeneo di partecipanti che hanno interagito all'interno di un ambiente virtuale: AA. VV., *Demographic and Behavioral Correlates of Cybersickness: A Large Lab-in-the-Field Study of 837 Participants*, 2022. I dati evidenziano che le donne e i partecipanti con una minore esperienza di realtà virtuale sono più suscettibili a sperimentare livelli più elevati di "malattia informatica". Non è stato invece possibile stabilire una correlazione tra età e malessere.

33 Sulle cause della *cybersickness* v. J.P. STAUFFERT-F. NIEBLING-M.E. LATOSCHIK, *Latency and Cybersickness: Impact, Causes, and Measures. A Review*, in *Frontiers in Virtual Reality*, 26 novembre 2020, 1. Sulla maggiore incidenza del disturbo sulla popolazione femminile v. K. STANNEY-C.M. FIDOPIASTIS-L. FOSTER, *Virtual Reality Is Sexist: But It Does Not Have to Be*, in *Frontiers in Robotics and AI*, 31 gennaio 2020, 7.

34 Tale riconoscimento è contestuale al riconoscimento del *burnout* come condizione medica conseguenza dello *stress* da lavoro. A partire dal 2022, dopo decenni di studi, l'OMS ha deciso di riconoscere il *burnout* come condizione riferita al solo contesto lavorativo (e non ad altre aree della vita): un «problema strettamente associato alla professione», connotato da mancanza di energia, spossatezza, isolamento dal lavoro, sensazioni di negatività che conducono a un vero e proprio esaurimento emotivo.



di Mindy³⁵, modello 3D della donna del futuro, i rischi di compromissione della salute connessi a un cattivo uso/abuso della tecnologia sul lavoro sono più che reali: si va da patologie fisiche (dolori alla schiena, tendiniti, sindrome del tunnel carpale, alterazioni posturali, problematiche all'apparato gastroenterico, cefalee, deficit visivi, problematiche metaboliche, ipertensione, ecc.) a disfunzioni sul versante psicosociale. Ne sono testimonianza le evidenze emerse da ultimo in relazione allo *smart working*, che registrano come frequenti fenomeni di isolamento sociale e di depressione, ma anche abitudini dannose per la salute, dalle dipendenze da sostanze e comportamentali all'uso di violenza³⁶.

Nel contesto del lavoro de-materializzato e "disumanizzato" i lavoratori si sentono - e sono - sempre più alienati³⁷. La condizione di moderna alienazione implica una separazione emotiva e cognitiva rispetto al lavoro e si associa, tra le altre, a dimensioni quali sfruttamento lavorativo percepito, mancanza di spazio per l'espressione personale attraverso il lavoro, relazioni di lavoro limitate o di scarsa qualità, perdita di interesse per il lavoro in sé e per la possibilità, attraverso lo stesso, di essere utili agli altri.

Per descrivere tale condizione potenzialmente pregiudizievole per la sfera psichica, la personalità morale e la dimensione sociale della persona si può far ricorso alla clausola aperta dei rischi psicosociali³⁸, che rimanda a fattori di rischio trasversali all'organizzazione, spesso

35 Il modello Mindy, commissionato da TollFreeForwarding.com, rappresenta l'essere umano del 3000. Gli scienziati che hanno svolto la ricerca hanno previsto quali principali mutazioni: la schiena curva e i muscoli del collo allungati in avanti a causa dell'elevato numero di ore trascorse davanti al computer; il cranio ispessito per proteggersi dalle radiazioni a radiofrequenza emesse dagli *smartphone*; la mano modellata a presa ad artiglio e il gomito piegato a 90 gradi, per via dei periodi prolungati trascorsi a controllare lo *smartphone*; una seconda serie di palpebre per filtrare la luce eccessiva emessa dai dispositivi tecnologici.

36 Cfr. EU-OSHA, *Teleworking during the COVID-19 pandemic: risks and prevention strategies*, 2021; ILO, *Healthy and safe telework*, Technical Brief, Ginevra, 2021. V. altresì G. BENINCASA-B. FERRARA, *Smart working e rischi psico-sociali: una prospettiva di analisi interdisciplinare*, in *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica*, a cura di M. BROLLO-M. DEL CONTE-M. MARTONE-C. SPINELLI-M. TIRABOSCHI, Adapt University Press, 2022, p. 146 ss.

37 Sulla moderna alienazione sia consentito un rinvio a C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale dentro e fuori l'istituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, spec. p. 290 ss.

38 L'Organizzazione Internazionale del Lavoro usa tale espressione per riferirsi all'«interazione tra contenuto del lavoro, gestione, organizzazione del lavoro, condizioni ambientali e organizzative e tra competenze ed esigenze dei lavoratori dipendenti»: cfr. ILO, *Psychosocial factors at work. Recognition and control. Report of the Joint ILO/WHO Committee on Occupational Health*, 1986, n. 56. Spesso si utilizza l'espressione "malattie correlate al lavoro" (*work related stress*) per sottolineare che si tratta di pregiudizi associabili al lavoro e originati dalla combinazione di fattori professionali e sociali: cfr. EU-OSHA-Eurofound, *Research on work-related stress*, 2000, p. 12. Sul tema, senza pretesa di esaustività, cfr. AA. VV., *Le malattie da lavoro*, a cura di C. SMURAGLIA, Ediesse, Roma, 2009; il numero monografico *Il rischio psicosociale e organizzativo nel diritto del lavoro. Un'analisi comparata* della rivista *Lavoro e dir.*, 2012, 2; gli Atti



combinati con fattori esterni di natura socioeconomica o correlati alle innovazioni del moderno mercato del lavoro.

Quanto ai fattori più strettamente riconducibili all'organizzazione³⁹ si tratta di aspetti associati a dinamiche gestionali e relazionali originate o condizionate dalle profonde trasformazioni del mercato e dei modelli di organizzazione del lavoro, nonché dai processi di dematerializzazione e di digitalizzazione, capaci di determinare un «deterioramento del benessere psicologico»⁴⁰. In particolare, ci si riferisce a profili connessi alla persona del lavoratore e alla relazione che intrattiene con l'ambiente di lavoro, l'attività svolta e l'organizzazione lavorativa⁴¹: profili riconducibili sia alle dimensioni quantitative e qualitative della prestazione sia al contesto di progettazione, organizzazione e gestione del lavoro, impattanti sulla salute del lavoratore, con pesanti ricadute negative pure sul piano della conciliazione tra lavoro e vita al di là del lavoro⁴².

3. *Workhaolism, technostress e rischi da e-contact.*

L'(ab)uso delle tecnologie digitali incoraggia la cultura del *working everytime and everywhere* fino a favorire lo sviluppo di fenomeni di vera e propria dipendenza patologica di tipo

del Convegno tenutosi presso l'Università La Sapienza di Roma il 7- 8 giugno 2012 e pubblicati nella rivista *Mass. Giur. lav.*, 2012, 1-2, p. 26 ss.; nonché i contributi citati nelle note che seguono.

39 Sui fattori eziologici dei rischi psicosociali riconducibili all'organizzazione, tra i contributi più recenti, v. R. DEL VECCHIO, *Il danno da stress e usura psicofisica*, in *I danni nel diritto del lavoro*, a cura di P. BELLOCCHI-P. LAMBERTUCCI-A. MARESCA, Giuffrè, Milano, 2022, p. 301 ss.; N. DE MARINIS, *Rischio psichico e sicurezza del lavoro nel diritto vivente*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, 2023, 4, p. 1 ss.

40 Cfr. la ricerca svolta nel 2014 dall'EU-OSHA, *Il Calcolo dei costi dello stress e dei rischi psicosociali che evidenzia gli effetti molto gravi per l'organizzazione e per l'individuo che gli stessi possono determinare* («disturbi del sonno, alterazioni dell'umore, affaticamento, mal di testa e irritabilità gastrica»; nel caso di esposizione prolungata i disturbi si possono tradurre anche in «ansia, depressione, tentati suicidi, lombalgie, affaticamento cronico, problemi digestivi, malattie autoimmuni, compromissione della funzione immunitaria, malattie cardiovascolari, ipertensione e ulcere peptiche»).

41 Su questi aspetti da ultimo C. LAZZARI, *Lavoro senza luogo fisso, de-materializzazione degli spazi, salute e sicurezza*, cit., la quale sottolinea come a fronte di luoghi di lavoro sempre più fluidi e dematerializzati «anche il rischio non può più essere inteso esclusivamente nella sua consistenza fisica o meccanica» (p. 27).

42 Sulla *time porosity* v. E. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, 3, p. 280 ss. Sulla conciliazione vita-lavoro del prestatore di lavoro nell'ambiente di lavoro digitalizzato, soprattutto dal punto di vista dell'organizzazione, con un'attenzione alle soluzioni offerte dalla contrattazione collettiva v., da ultimo, D. CALDERARA, *La relazione tra l'ambiente interno e l'ambiente esterno: la conciliazione vita-lavoro digitale nell'organizzazione fluida e l'orario di lavoro ridotto*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, 2023, 4, p. 1 ss.



comportamentale: il *workaholism* (o *work addiction*)⁴³ si manifesta attraverso un'incapacità delle persone di regolare le proprie abitudini lavorative, così da sperimentare comportamenti e stili di vita malsani. Si registra, per un verso, una spinta incontrollabile e irrazionale a lavorare in maniera compulsiva, sottraendo tempo agli altri ambiti della vita e, per l'altro, un comportamento ripetitivo, inflessibile e perfezionista del "malato da lavoro", che si autoimpone ritmi eccessivi e non delega compiti o responsabilità agli altri⁴⁴.

Un recente studio ha evidenziato una correlazione significativa tra il *workaholism* e un'ulteriore "patologia" del lavoro prodotta dalla tecnologia, il *technostress*⁴⁵: condizione sperimentata dai lavoratori che non si sentono in grado di stare al passo con le nuove tecnologie, divenendo vittime di pressioni e aspettative sempre più crescenti riguardo la propria disponibilità, la velocità nello svolgere la prestazione, il (sovra)carico di lavoro e le proprie competenze tecniche. A fronte di tali percezioni i lavoratori manifestano disturbi di natura fisica, psicologica e sociale per l'impossibilità di recupero psicologico⁴⁶.

43 Si tratta di una dipendenza in parte incoraggiata dalla società e dal mondo aziendale, non a caso definita *well-dressed addiction*: così B.E. ROBINSON, *The Workaholic Family: A Clinical Perspective*, in *American Journal of Family Therapy*, 1998, 26(1), p. 65 ss. Il termine è stato coniato negli anni settanta da Oates che, nell'assimilare la dipendenza da lavoro alla dipendenza da alcool, ha ricavato l'analogia fonetica combinando la parola *work* con *alcoholism*, letteralmente "ubriacatura da lavoro": W.E. OATES, *Confessions of a workaholic. The facts about work addiction*, World Publishing Company, 1971.

44 A. CASTIELLO D' ANTONIO, *Malati di lavoro, cos'è e come si manifesta il Workaholism*, Cooper, 2009, *passim*. Sull'istituto v. AA. VV., *All work and no play? A meta-analytic examination of the correlates and outcomes of workaholism*, in *Journal of Management*, 2016, 42(7), p. 1836 ss.; W.B. SCHAUFELI-T.W. TARIS-A.B. BAKKER, *It takes two to tango. Workaholism is working excessively and working compulsively*, in R.J. BURKE-C.L. COOPER (eds.), *The long work hours culture. Causes, consequences and choices*, 2008, Bingley, Emerald, p. 203 ss., che definiscono il *workaholism* come «la tendenza a lavorare eccessivamente in modo compulsivo»: la *working excessively* fa riferimento alla dimensione comportamentale ovvero alla tendenza a lavorare eccessivamente, duramente e per lungo tempo; la *working compulsively* alla dimensione cognitiva per cui il lavoratore non riesce a distaccarsi dal proprio lavoro, è costantemente preoccupato.

45 Brod coniò il termine *technostress* nel 1984 per indicare la "malattia" causata dal non essere in grado di utilizzare e gestire in maniera sana i mezzi tecnologici: C. BROD, *Technostress: The Human Cost of the Computer Revolution*, Reading MA, Addison-Wesley, 1984. Per le ricadute sul diritto del lavoro v. E. DAGNINO, *Diritto del lavoro e nuove tecnologie*, Adapt University Press, Bergamo, 2022, spec. p. 85 ss.; V. PASQUARELLA, *(Iper)digitalizzazione del lavoro e technostress lavoro-correlato: la necessità di un approccio multidisciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, 1, p. 50 ss.; M. PERUZZI, *Nuove tecnologie e salute dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, 2, p. 182 ss.

46 M. TARAFDAR-Q. TU-T.S. RAGU-NATHAN, *Impact of Technostress on End-User Satisfaction and Performance*, in *Journal of Management Information Systems*, 2010, 27(3), p. 303 ss., per cui il *technostress* è definito come «lo stress che gli utenti subiscono a causa della connettività costante, del sovraccarico di informazioni, dei frequenti aggiornamenti dei sistemi tecnologici e della conseguente incertezza, riapprendimento continuo e conseguenti insicurezze legate al lavoro e problemi tecnici associati all'uso organizzativo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione» (pp. 304-305). V. altresì E. ROHWER-J.C. FLÖTHER-V. HARTH-S. MACHE, *Overcoming the "Dark Side" of Technology-A Scoping Review*



Il livello di *technostress* è più elevato quando è presente il *workaholism*⁴⁷: lavorare in modo compulsivo ed eccessivo può portare a un uso disadattivo della tecnologia e, al contempo, le tecnologie permettono di non staccare mai dal lavoro estendendo a dismisura l'orario lavorativo e delineando così un clima di superlavoro propizio allo sviluppo del *workaholism*. In più, rispetto al nesso esistente tra i due costrutti, ha un effetto rafforzativo una *leadership* autoritaria che centralizza il processo decisionale ed esercita un costante e invasivo potere di controllo⁴⁸. Condizione, quest'ultima, come si dirà più avanti, quasi fisiologica nel caso di lavoro digitale e, ancor più, di lavoro nel/con il metaverso.

L'(ab)uso delle tecnologie digitali può essere altresì messo in relazione a situazioni potenzialmente dannose per l'integrità psicofisica dei lavoratori nascenti dalla qualità e dalla quantità delle relazioni e interazioni con gli altri soggetti (reali e virtuali) che operano nello spazio tridimensionale⁴⁹.

È dato da tempo acquisito in letteratura che gli ambienti digitali limitano fortemente la comunicazione interpersonale, specialmente quella mediante codici non verbali, generando una sensazione di distacco e favorendo l'isolamento sociale⁵⁰. Occorrerà verificare se, e in che misura, la realtà tridimensionale farà registrare le stesse dinamiche sociali osservate in ambienti digitali più tradizionali ovvero se la ricchezza e la complessità delle interazioni potenzialmente consentite nel metaverso⁵¹ potrà aiutare a superare le criticità finora riscontrate⁵².

on Preventing and Coping with Work-Related Technostress, in *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2022, 19(6), p. 3625; AA. VV., *Wellbeing costs of technology use during Covid-19 remote working: An investigation using the Italian translation of the technostress creators scale*, in *Sustainability*, 2020, 12, p. 5911; R. AYYAGARI-V. GROVER-R. PURVIS, *Technostress: Technological antecedents and implications*, in *MIS Quarterly*, 2011, 35, p. 831 ss.

47 C. BUONO-M.L. FARNESE-P. SPAGNOLI, *The Workaholism-Technostress Interplay: initial evidence on their mutual relationship*, in *Behavioral Sciences (Basel)*, 2023, 13(7), p. 599 ss.

48 Sulla relazione tra *workaholism* e *technostress* nel contesto delle trasformazioni pandemiche e sul peso dello stile della *leadership* cfr. A.A. VV., *Workaholism and Technostress During the COVID-19 Emergency: The Crucial Role of the Leaders on Remote Working*, in *Frontiers in Psychology*, 2020, 11, 620310. V. altresì A. BREGENZER-P. JIMENEZ, *Risk Factors and Leadership in a Digitalized Working World and Their Effects on Employees' Stress and Resources: Web-Based Questionnaire Study*, in *Journal of Medical Internet Research*, 2021, 23(3), e24906.

49 D. TASER-E. AYDIN-A.O. TORGALUZ-Y. ROFCANI, *An examination of remote e- working and flow experience: The role of technostress and loneliness*, in *Computers in Human Behavior*, 2022, p. 127.

50 A. WAYTZ-K. GRAY, *Does online technology make us more or less sociable? A preliminary review and call for research*, in *Perspectives on Psychological Science*, 2018, 13(4), p. 473 ss.

51 H. COLE-M.D. GRIFFITHS, *Social interactions in massively multiplayer online role-playing gamers*, in *Cyberpsychology & behavior*, 2007, 10(4), p. 575 ss.

52 V. MAIO, *Diritto del lavoro e metaverso. Se il lavoro non è un (video)gioco*, in *Lab. Law Iss.*, 2022, 8(2), p. 49; F. LAMBERTI, *Il metaverso: profili giuslavoristici tra rischi nuovi e tutele tradizionali*, in *federalismi.it*, 2023, 4, p. 205 ss.



L'*alter ego* digitale mette in relazione il sé reale e il sé ideale, ciò che la persona è e ciò che vorrebbe essere⁵³. Alcuni studi hanno dimostrato che, dopo interazioni ripetute con un determinato *avatar*, le persone tendono a presentare cambiamenti a lungo termine nella percezione del sé, tanto che il corpo virtuale diventa una parte strutturale del concetto di sé⁵⁴. È plausibile immaginare che, così come le caratteristiche dell'identità digitale possano essere trasferite al sé individuale nel mondo reale (come conseguenza del *proteus effect*)⁵⁵, la qualità e la quantità delle interazioni sociali nel mondo digitale tridimensionale - sia positive che negative - possano influenzare le relazioni nel mondo reale⁵⁶. In questa prospettiva, il metaverso può tradursi in uno strumento neutro e inclusivo⁵⁷: gli universi digitali potrebbero abbattere le barriere tra gruppi diversi nel mondo fisico e favorire il contatto tra individui di etnie, religioni, generi e orientamenti sessuali, politici differenti, nonché permettere di esplorare identità sociali multiple⁵⁸. Del resto gli utenti sono liberi di creare e indossare qualsiasi forma di "corpo virtuale" non necessariamente antropomorfa, salvo i limiti che possono derivare dal bilanciamento con legittimi interessi datoriali, come l'immagine aziendale o l'identificabilità del personale⁵⁹. Selezionando (tra l'altro) genere, tratti somatici,

53 Sulle diverse dimensioni del sé v. K. BESSIÈRE-A.F. SEAY-S. KIESLER, *The ideal elf: Identity exploration in World of Warcraft*, in *Cyberpsychology & Behavior*, 2007, 10(4), p. 530 ss.; E.T. HIGGINS, *Self-discrepancy: a theory relating self and affect*, in *Psychological review*, 1987, 94(3), p. 319 ss.

54 Ad esempio, i partecipanti a un esperimento, dopo aver utilizzato *avatar* di corporatura differente dalla propria, tendevano a stimare il proprio indice di massa corporea come più simile a quello dell'*avatar*, rispetto a quello reale. O, ancora, alcuni studi hanno mostrato che dopo aver interagito attraverso *avatar* sessualizzati, le persone coinvolte riportavano maggiori pensieri legati al proprio corpo, rispetto a chi aveva assunto l'identità di *avatar* non sessualizzati. Cfr. J. FOX-J.N. BAIENSON-L. TRICASE, *The embodiment of sexualized virtual selves: The Proteus effect and experiences of self-objectification via avatars*, in *Computers in Human Behavior*, 2013, 29(3), p. 930 ss.; J. CHANDLER-S. KONRATH-N. SCHWARZ, *Online and on my mind: Temporary and chronic accessibility moderate the influence of media figures*, in *Media Psychology*, 2009, 12(2), p. 210 ss.

55 Il *proteus effect* è un fenomeno psicologico che si verifica quando le caratteristiche del proprio *avatar* nel mondo virtuale influenzano la percezione di sé nel mondo reale. È stato descritto per la prima volta nel 2007 da N. YEE-J. BAIENSON, (*The Proteus Effect: The Effect of Transformed Self-Representation on Behavior*, in *Human Communication Research*, 2007, 33, p. 271 ss.). Sul punto v. G. RIVA-A. GAGGIOLI, *Realtà virtuali. Gli aspetti psicologici delle tecnologie simulate e il loro impatto sull'esperienza umana*, Giunti Psychometrics, Firenze, 2019, spec. p. 98 ss.

56 Su un possibile ampliamento della cornice teorica del *proteus effect* da un piano strettamente individuale ad un piano sociale (*Intergroup Proteus Effect*) v. A. MANFREDI-A. GABBIADINI, *Metaverso e mondi virtuali, quali prospettive di ricerca e intervento in ambito psicosociale?*, in *In-Mind Italia*, 2023, p. 25.

57 M. ZALLIO-P.J. CLARKSON, *Designing the metaverse: A study on inclusion, diversity, equity and safety for digital immersive environments*, in *Telematics and Informatics*, 2022, 75(1).

58 Cfr. A. MANFREDI-A. GABBIADINI, *Metaverso e mondi virtuali* cit., cui si rinvia per la bibliografia in materia.

59 V. M. PERUZZI, "Almeno tu nel metaverso" cit., p. 68.



corporatura, abbigliamento e persino l'eventuale condizione di disabilità⁶⁰ dell'identità digitale, ciascun utente può scegliere di "essere tante persone" e financo trasformarsi in un camaleonte digitale, un contemporaneo Zelig⁶¹, che oscilla tra finzione e realtà.

Ovviamente tali caratteristiche dello spazio tridimensionale non mettono al riparo dal rischio di aggressioni, prevaricazioni, abusi, molestie, discriminazioni, piuttosto possono costituire terreno fertile alla diffusione di tali condotte sociali negative⁶². Interazioni e forme di *e-contact* possono assumere fisionomie allo stato difficilmente immaginabili, probabilmente più violente rispetto a quelle che si rilevano nei luoghi di lavoro tradizionali, esacerbate dalla possibilità di celarsi dietro la maschera tecnologica dell'identità digitale. È stata già effettuata la prima denuncia di una lavoratrice per molestie sessuali nella realtà tridimensionale *Horizon Worlds* di Meta, un videogioco *on line*: una ricercatrice, intenta a testare la piattaforma virtuale, dopo un pedinamento, sarebbe stata "oggetto" di attenzioni indesiderate a sfondo sessuale (molestie verbali e "contatti" sgraditi) da parte di diversi *avatar*⁶³. Azioni come questa prospettata sono replicabili sul posto di lavoro virtuale, con conseguenze rilevanti per il lavoratore "in carne e ossa", oltre che per l'organizzazione⁶⁴.

Con riguardo a questi profili può pesare negativamente il rapporto che si determina con colleghi, datore e superiori gerarchici: l'assenza di contatto o la non frequente interazione "reale" possono incoraggiare situazioni di mancanza di empatia e di comprensione, limitata partecipazione ai processi decisionali, perdita del supporto tra pari, difetto di coesione dei

60 Si segnala un'interessante iniziativa avviata dall'agenzia BB&C specializzata nella comunicazione per il mondo salute: per la prima volta in Italia il metaverso si confronta con una malattia rara grazie a "I_EM", primo paziente con emofilia entrato nel metaverso di The Nemesis per interagire e farsi conoscere dagli altri utenti.

61 W. ALLEN, *Zelig*, 1983.

62 *Ex multis* cfr. S. FARLEY-I. COYNE-P. D'CRUZ, *Cyberbullying at work: Understanding the influence of technology*, in *Concepts, Approaches and Methods*, 2021, p. 233 ss.; R.M. KOWALSKI-C.E. ROBBINS, *The Meaning, Prevalence, and Outcomes of Cyberbullying in the Workplace*, in *Handbook of Research on Cyberbullying and Online Harassment in the Workplace*, 2021, p. 1 ss.

63 *Horizon Worlds* non è l'unico spazio in cui si sono verificate presunte molestie: già nel 2016 una giocatrice ha riferito di essere stata oggetto di *avance* non gradite mentre era intenta a cacciare zombie e demoni nel gioco virtuale VR *Quivr*. Sul complesso tema v., da ultimo, N. BUSSOLATI, *I reati nel metaverso*, in *Cybercrime*, diretto da A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, Utet, Milano, 2023, p. 1469 ss.

64 Cfr. A. ANWAR-D.M. HUNG KEE-A. AHMED, *Workplace Cyberbullying and Interpersonal Deviance: Understanding the Mediating Effect of Silence and Emotional Exhaustion*, in *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 2020, 23, p. 290 ss.; L.D. JOHNSON-B. BLACKSHIRE, *The Prevalence and Psychological Impact of Cyberbullying on Undergraduate Students at a Historically Black College and University*, in *Violence and Gender*, 2019, p. 72 ss.; AA. VV., *Cyberbullying, Depression, and Problem Alcohol Use in Female College Students: A Multisite Study*, in *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 2015, p. 79 ss.; C. PRIVITERA-M.A. CAMPBELL, *Cyberbullying: The New Face of Workplace Bullying?*, in *CyberPsychology & Behavior*, 2009, 12, p. 395 ss.



gruppi di lavoro, inadeguato riconoscimento dei risultati ottenuti, fino a minare l'identità stessa del lavoro e compromettere la dimensione collettiva del rapporto. Tutti aspetti esacerbati da mancata formazione e aggiornamento del lavoratore rispetto alle competenze tecniche digitali e alle c.d. *soft skills*, indispensabili per proteggersi dai rischi presenti all'interno del mondo virtuale⁶⁵.

4. Sorveglianza digitale e invasività delle tecnologie immersive.

La permanenza in un contesto immersivo espone il lavoratore sotto l'occhio di una moderna macchina panottica⁶⁶. La digitalizzazione **consente un controllo continuo, invasivo e penetrante sugli utenti-lavoratori esercitato da parte del datore e, talora, da parte della piattaforma-azienda proprietaria del metaverso in cui si sta operando. Questo sviluppo solleva non poche questioni, etiche ancor prima che giuridiche**⁶⁷, circa la dimensione assunta dallo stesso e la necessità di indirizzarlo verso il rispetto di valori fondamentali e, per quanto qui di specifico interesse, al rispetto delle dinamiche proprie del mondo del lavoro e dei diritti riconosciuti ai lavoratori⁶⁸. Ciò anche perché le forme più spinte di sorveglianza digitale rappresentano una reale preoccupazione per i lavoratori che si evidenzia attraverso disturbi psicosomatici fortemente pregiudizievoli per la loro salute⁶⁹.

65 Sul tema v. N. DE ANGELIS, *La formazione dei lavoratori nell'ambiente virtuale. Rischi e opportunità del metaverso*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, 2023, 4, p. 1 ss.

66 Sull'evoluzione digitale e sul suo impatto sul potere di controllo del datore di lavoro v., da ultimo, A. BELLAVISTA, *Sorveglianza elettronica, protezione dei dati personali e tutela dei lavoratori*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, 1, p. 1 ss.; A. PIZZOFERRATO, *I limiti al potere di controllo datoriale nell'era digitale*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, 1, p. 1 ss.; A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2020; A. TROJSI, *Potere informatico del datore di lavoro e controllo sui lavoratori, cinquant'anni dopo*, in *diritti-fondamentali.it*, 2020, 2, p. 1411 ss.; A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018; V. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

67 Su tali profili, tra i più recenti, v. M. DOLOBÁČ-E. LACKOVÁ, *Futurology of Labour Law*, Leges, Praga, 2022; D. GOTTARDI, *Intelligenza artificiale, robotica e diritto del lavoro*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Cacucci, Bari, 2021, II, p. 1315 ss.; S. MAINARDI, *Intelligenze artificiali e diritto del lavoro*, in *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. RUFFOLO, Giuffrè, Milano, 2020, p. 363 ss.

68 G. MAMMONE, *Intelligenza artificiale e rapporto di lavoro tra robot e gig economy. Ci salveranno i giudici e l'Europa?*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, 1; P. LAMBERTUCCI, *Intelligenza artificiale e tutela del lavoratore: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, 5, p. 897 ss.; R. DEL PUNTA, *Innovazioni tecnologiche e diritto del lavoro*, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 2019, 2-3, p. 261 ss.; A. INGRAO, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 895 ss., secondo cui «un controllo realizzato all'unico scopo di mettere sotto pressione la persona è incompatibile con la protezione della sua dignità umana» (p. 912).

69 V., ad esempio, il sondaggio, svolto negli Stati Uniti, su un campione di 1.500 dipendenti e 1.500 datori di lavoro: ExpressVPN, *Survey reveals surveillance fears over the metaverse workplace*, June 2022. Su



Gli algoritmi e i sistemi di intelligenza artificiale che governano il metaverso monitorano, archiviano ed elaborano una quantità infinita di dati che il lavoratore immette nel sistema mediante il suo *alter ego* digitale. Raccogliendo, analizzando, associando e interpretando i dati acquisiti tali sistemi possono ricostruire informazioni sulla prestazione del lavoratore (tempi e modi con cui è stata eseguita), sulla sua vita privata e financo sulla sua personalità⁷⁰. Si va dalle percezioni interiori alle emozioni, alla postura, alle preferenze musicali, alle convinzioni etiche, politiche, religiose, ecc. Sono, infatti, operative attrezzature multi-sensoriali specializzate in grado di rilevare, durante lo svolgimento del lavoro, il tracciamento dei movimenti facciali e corporei (dalla voce alle caratteristiche del comportamento di una persona: il modo di parlare, camminare, gesticolare, ecc.) e la profilazione emozionale (monitoraggio e valutazione del battito cardiaco, della dilatazione della pupilla, della temperatura della pelle, ecc.). Inoltre, esistono sistemi di intelligenza artificiale conversazionale (tecnologie, come *chatbot* e agenti virtuali, con cui gli utenti possono interagire) capaci di condizionare modelli di produzione e di consumo, alterando il distinguo tra esperienze reali e simulate.

Tali dati sono distribuiti in cassette digitali pronti per essere aperti per tracciare i profili individuali e di gruppo a fini *marketing*⁷¹, ma anche per funzionalizzare l'esercizio del potere direttivo-gestionale dando vita, con l'uso degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale, a decisioni automatizzate e non sempre trasparenti⁷². La *black box*, intesa come impossibilità di

questi aspetti, da ultimo, cfr. il report EU-OSHA, *Surveillance and monitoring of remote workers: implications for occupational safety and health*, 2023.

70 Sull'esposizione dei lavoratori nel metaverso a un controllo datoriale indiretto, sistematico e costante cfr. M. MARTONE, *Prime riflessioni sul lavoro e metaverso*, cit., p. 1141; A. DONINI-M. NOVELLA, *Il metaverso come luogo di lavoro* cit., 21.

71 Le tecnologie sono capaci di apportare condizionamenti e modificazioni nel processo neurale e sfruttarle per finalità di *marketing*. In particolare, il *neuromarketing* studia in processi decisionali mediante le lenti delle neuroscienze e delle scienze comportamentali per comprendere e rilevare le emozioni, principale motore dei comportamenti umani, ed elaborare artificialmente messaggi personalizzati ed emotivamente impattanti sulle psiche dell'utente "profilato" sfruttando le capacità computazionali e predittive di algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale.

72 European Parliament, *Metaverse Opportunities, risks and policy implications*, Briefing, 24 giugno 2022, per cui «Metaverse workplace. Metaverse-enabling devices generate a range of physiological data about employees based on their participation in VR simulations. This could enable employers to perform intrusive surveillance of their employees. Moreover, perceptual experiences could replace reflexive decision-making and could consequently lead to biased automated decision-making and to inequalities in processes such as hiring, performance evaluation and training» (p. 5). *Ex multis* v. G. DE SIMONE, *Discriminazione*, in *Lavoro digitale*, a cura di M. NOVELLA-P. TULLINI, Giappichelli, Torino, 2022, p. 127 ss.; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*; S. BORELLI - M. RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, tutti in *Lab. Law Iss.*, 2021, 7, 1.



“guardare dentro” il meccanismo di funzionamento del sistema da parte degli stessi programmatori⁷³, costituisce l’espressione più evidente dell’opacità che connota, con composite sfumature, tutti i modelli algoritmici e che, (pure) nei mondi digitali, può tradursi in pregiudizi, stereotipi e disegualianze a danno dei lavoratori.

I rischi di potenziali violazioni sono altissimi e hanno spinto il Parlamento europeo, tra l’altro, a invitare la Commissione a studiare la compatibilità del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali rispetto alle dinamiche associate al metaverso e, se necessario, a rivederlo e aggiornarlo⁷⁴. Da tempo le istituzioni dell’UE sollecitano a invertire il flusso tecnologia-(violazione della)privacy, imponendo alla prima non solo barriere normative concernenti il suo utilizzo, ma anche modalità di costruzione e di funzionamento che attenuino o limitino i pericoli di sconfinamento sopra accennati e, anzi, che sfruttino la tecnologia per individuare i mezzi a protezione della privacy. Ci si riferisce alle c.d. tecnologie *privacy friendly* che trovano espressione nei principi di *privacy by design* e di *privacy by default*, di recente consacrati nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali. Ma non solo: un rafforzamento della tutela dovrebbe derivare altresì dall’atteso primo Regolamento al mondo sull’intelligenza artificiale, finalizzato a istituire un quadro giuridico uniforme per lo sviluppo, la commercializzazione e l’uso dei sistemi di intelligenza artificiale in conformità con i valori e i diritti costituzionali dell’UE.

5. Per un lavoro sicuro nel meta-spazio: prevenire e gestire i rischi psicosociali.

Se è vero che lavorare con i/nei mondi virtuali tridimensionali può impattare negativamente sulla salute della persona, non si possono trascurare gli indubbi vantaggi connessi alla rivoluzione tecnologica *in progress* proprio sul fronte della salute e della sicurezza sul lavoro⁷⁵. Si pensi, ad esempio, all’uso di *big data* e di *machine learning* per selezionare in modo efficace gli obiettivi per le ispezioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro⁷⁶, all’uso di *robot* per lo svolgimento di lavori insicuri, ad alta intensità di manodopera o in ambienti di lavoro pericolosi, all’uso dell’intelligenza artificiale per l’automazione di compiti cognitivi

73 G. LO SAPIO, *La black box: l’esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *federalismi.it*, 2021, 16, spec. p. 117; F. PASQUALE, *The Black Box Society*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2015.

74 Cfr. European Parliament, *Metaverse Opportunities, risks and policy implications*, cit., p. 4.

75 Al di là del contesto lavorativo, l’impatto positivo delle nuove tecnologie è assai evidente sul piano dell’assistenza sanitaria. Con riguardo alla salute mentale, diversi studi si stanno interrogando sul possibile impatto del metaverso principalmente per la “gestione” dei disturbi psicologici, evidenziando come i pazienti con sintomi di dismorfismo corporeo (ad esempio disturbi alimentari) e con *deficit* sociali (ad esempio autismo) potrebbero trarre grandi benefici da questo tipo di tecnologia facilitante un (nuovo) tipo di comunicazione che supera la rappresentazione del sé-corpo: v., per tutti, AA. VV., *The promise of the metaverse in mental health: the new era of MEDverse*, in *Heliyon*, 2022, 8, e11762.

76 EU-OSHA, *The future role of big data and machine learning in health and safety inspection efficiency*, 2019.



ripetitivi e noiosi⁷⁷, agli esoscheletri che possono contribuire a ridurre il rischio di incorrere in disturbi muscoloscheletrici o alle molteplici applicazioni (dpi compresi⁷⁸) che migliorano la qualità del lavoro dell'uomo, aumentandone il benessere psicofisico e la produttività individuale.

Del resto, lavorare nel/con il metaverso può consentire lo svolgimento di prestazioni lavorative altrimenti ostacolate dalla disabilità della persona, integrando una possibile ipotesi di adattamento ragionevole, capace di assicurare la piena integrazione del soggetto disabile (a fronte di una valutazione personalizzata, "cucita su misura" in ragione delle esigenze del lavoratore)⁷⁹.

Muovendo da quest'angolazione, in un recente provvedimento legislativo, è stata prevista la possibilità per l'Inail di porre in essere, con aziende e grandi gruppi industriali impegnati nell'esecuzione degli interventi di cui al PNRR, appositi protocolli per la sperimentazione delle nuove tecnologie con l'obiettivo di innalzare gli *standards* di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. E, tra le soluzioni tecnologiche da sperimentare, si richiamano esplicitamente applicazioni funzionali ad accedere e lavorare con il/nel metaverso quali «*esoscheletri, sensoristica per il monitoraggio degli ambienti di lavoro (...) dispositivi di visione immersiva e realtà aumentata*»⁸⁰.

Questi interventi, al di là delle innegabili opportunità, aprono il varco a inediti rischi connessi a un possibile adempimento "disumano" dell'obbligazione di sicurezza, giacché taluni dispositivi "intelligenti" potrebbero assumere valutazioni proprie del datore in materia di salute e sicurezza e a lui sostituirsi nell'adozione delle misure di prevenzione e di protezione⁸¹. D'altro canto - in una sorta di eterogenesi dei fini - queste nuove strumentazioni,

77 EU-OSHA, *Cognitive automation for occupational safety and health*, 2022, che considera gli effetti psicosociali e organizzativi dei processi di automazione delle attività cognitive.

78 EU-OSHA, *Smart personal protective equipment: intelligent protection for the future*, Discussion Paper, 2020.

79 Sull'uso dello *smart working* come accomodamento ragionevole v. C. VALENTI, *Il lavoro agile come misura di "accomodamento ragionevole" per il lavoratore disabile con difficoltà a raggiungere il luogo di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, p. 1263 ss.; A. ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, 2020, p. 533 ss.; S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Sclerosi multipla e disabilità: il lavoro agile come misura di "accomodamento ragionevole"?*, in *Lavoro e malattie croniche*, a cura di S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ-M. TIRABOSCHI, *Adapt Labour Studies*, 2017, 64, p. 128 ss. Una tale prospettiva trova spazio sia nell'ambito delle *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità* (pubblicate il 16 marzo 2022) e della relativa Banca dati, previste dal d.lgs. n. 151/2015, sia del *Protocollo sul lavoro agile per l'inclusione sociale delle persone con disabilità* del dicembre 2021.

80 Cfr. art. 20 d.l. 30 aprile 2022, n. 36, conv. con modif. con l. 29 giugno 2022, n. 79.

81 Da ultimo A. AMBROSINO, *Internet of Things al servizio della salute e della sicurezza dei lavoratori*, in *Dir. sic. lav.*, 2022, 2, spec. p. 6 ss., secondo cui in questo modo si rischia di delegittimare il ruolo del datore



come evidenziato *supra*, possono generare o alimentare rischi vecchi e nuovi per la salute e sicurezza di chi lavora.

Questo paradosso della società liquida e iper-moderna⁸² impone di rimarcare la centralità della persona umana anche rispetto ai nuovi modelli di organizzazione del lavoro, con una protezione che deve oltrepassare la fisicità e assicurare la garanzia dei diritti fondamentali (anche) negli ambienti di lavoro virtuali.

Una prospettiva di questo tipo deve valorizzare prevenzione e valutazione *ex ante* dei rischi, assegnando un rilievo secondario alla (pur necessaria) valutazione *ex post* dei danni in chiave risarcitoria.

Com'è noto, la logica della prevenzione, sottesa già all'art. 2087 cod. civ. - che fissa un obbligo di sicurezza in capo al datore a contenuto variabile e dinamico, da modellare in base delle caratteristiche strutturali e organizzative dell'impresa⁸³ -, è implementata nel d.lgs. n. 81 del 2008.

Il T.U. Sicurezza impone una valutazione globale dei rischi, che tenga conto dell'esposizione a pericoli derivanti da modelli di organizzazione del lavoro diversi da quelli tradizionali, da fattori sociali o dall'uso di tecnologie per le quali non è stata ancora definita alcuna norma tecnica di riferimento⁸⁴. L'art. 28 cita esplicitamente lo *stress* lavoro-correlato tra i rischi "particolari" che il datore è tenuto a valutare e tale il richiamo si traduce in un lasciapassare per l'intera categoria generale dei rischi psicosociali nel sistema prevenzionistico, senza consentire interpretazioni restrittive dell'obbligo valutativo datoriale⁸⁵. A conferma di questa ricostruzione si può osservare che lo stesso legislatore, nell'aggiungere il titolo X-*bis* al d.lgs. n. 81/2008, ha previsto all'art. 286-*quater* l'obbligo per il datore di «garantire la salute e sicurezza dei lavoratori in *tutti* gli aspetti connessi alla loro vita professionale, *inclusi i fattori psicosociali e di organizzazione del lavoro*». E, prima ancora di siffatto intervento, in relazione all'utilizzo di videoterminali, il legislatore ha sottolineato la necessità che, all'atto della valutazione *ex art.* 28, il datore analizzi i posti di lavoro con peculiare riguardo non solo ai

quale garante dell'obbligo di sicurezza, con connesse criticità legate all'imputazione di responsabilità in caso di infortunio o nocumento alla persona del lavoratore.

82 Sull'efficace metafora della liquidità v. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

83 Il vincolo, come sottolinea anche la giurisprudenza, opera a prescindere dalla dimensione spaziale, incorporando la tutela ogni ambito in cui «ci sia una persona che lavora», pure occasionalmente: *ex multis* Cass. pen. 27 agosto 2019, n. 45316, *DJ*; Cass. pen. 3 febbraio 2015, n. 12223, *DJ*.

84 Cfr. art. 29, co. 3, nonché art. 30, co. 4, d.lgs. n. 81/2008.

85 Lo *stress* lavoro-correlato si configura come *species*, più rilevante, dell'ampio *genus* rischi psicosociali ma pure come «collettore unico» dei danni che possono essere prodotti dai fattori di rischio psicosociale sul benessere dei lavoratori: L. ANGELINI, *Dalle species al genus (e viceversa). Note sull'obbligo di valutazione dello stress lavoro-correlato e dei rischi psico-sociali, La prevenzione dei rischi da stress lavoro-correlato. Profili normativi e metodiche di valutazione*, a cura di L. ANGELINI, WPO, 2014, 31, p. 79. Cfr. altresì il rapporto dell'EU-OSHA: T. COX-A. GRIFFITHS - E. RIAL-GONZALES, *Research on Work-related stress*, in *osha.europa.eu*.



rischi fisici (da quelli legati alla postura a quelli di ergonomia o per la vista e gli occhi) ma altresì a quelli psicosociali e di igiene ambientale, là dove richiama i «problemi legati all'affaticamento fisico e mentale»⁸⁶. In più, nel caso specifico dello *smart working* si impone un'apposita misura di prevenzione dei rischi psicosociali, richiedendosi al datore di attivarsi per prevenire l'isolamento di chi opera da remoto «permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda»⁸⁷.

La crescente attenzione per la dimensione psicosociale, sollecitata dalle profonde trasformazioni in corso, è coerente con l'approccio euro-unitario. Il Quadro Strategico dell'UE sulla salute e sulla sicurezza sul lavoro 2021-2027, *Occupational safety and health in a changing world of work*⁸⁸, nel definire le priorità e le azioni principali per migliorare la salute e la sicurezza dei lavoratori nel contesto della transizione verde, digitale e demografica, riflette ampiamente la crescente preoccupazione per i rischi psicosociali. E, d'altra parte, il Parlamento europeo invoca l'adozione di una direttiva specificatamente dedicata ai rischi psicosociali e al benessere sul luogo di lavoro⁸⁹.

In attesa di una regolamentazione di maggior dettaglio, si ribadisce il vincolo, già desumibile dal dato normativo vigente, di dover procedere all'esame completo dei rischi psicosociali-organizzativi che si possono materializzare nell'ambiente di lavoro, per cui l'indagine deve spostarsi sull'individuazione degli strumenti d'identificazione e di valutazione degli stessi, con il duplice intento di implementare il profilo di prevenzione aziendale sul fronte dei rischi che impattano sulla dimensione immateriale, nonché di favorire un corretto adempimento dell'obbligo di sicurezza. Quanto a quest'ultimo aspetto - ferma restando la natura meramente sussidiaria della tutela risarcitoria rispetto a quella di adempimento in natura (e l'applicabilità del regime sanzionatorio definito nel T.U. Sicurezza) -, l'effettuazione della valutazione ex art. 28 T.U. non esonera il datore dalla responsabilità per violazione dell'art. 2087 cod. civ. ove i fattori di stress dell'organizzazione abbiano provocato un danno alla salute del lavoratore⁹⁰. La violazione dell'obbligo di sicurezza rende

86 Art. 174, co. 1, lett. b, Titolo VII, d.lgs. n. 81/2008.

87 Art. 30, co. 10, d.lgs. n. 81/2008.

88 Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Quadro strategico dell'UE in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro 2021-2027. Sicurezza e salute sul lavoro in un mondo del lavoro in evoluzione*, 28 giugno 2021.

89 V. la Risoluzione del Parlamento europeo, *A new EU strategic framework on health and safety at work post 2020*, 10 marzo 2022, spec. lett. K e pt. 5.

90 Il vincolo ex art. 28 T.U. riguarda la valutazione dei rischi dell'ambiente di lavoro, mentre quello di prevenzione dei fattori di rischio è stabilito dall'art. 2087 cod. civ. I due momenti - valutazione e prevenzione - sono tra loro strettamente interconnessi, giacché non si può avere alcuna prevenzione senza una preventiva valutazione del rischio, ma rispondono a obblighi distinti: R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Edizioni Università di Trieste, 2012, p. 69 ss.



responsabile il datore per i danni eventualmente patiti dai prestatori di lavoro (ovviamente sempre se questi provino il pregiudizio subito, le condizioni nocive di lavoro e il nesso di causalità tra questi due elementi), salvo che, e nei limiti in cui, si qualifichi come evento protetto dalla garanzia Inail la malattia professionale la cui origine sia riconducibile al rischio insito nel lavoro e, più specificamente, derivante dalle disfunzionalità del contesto organizzativo⁹¹.

Quanto agli strumenti di identificazione e di valutazione dei rischi psicosociali, soccorrono i contributi costruiti sullo stress lavoro-correlato: i contenuti dell'Accordo quadro europeo Framework Agreement on work-related stress, le indicazioni fornite dalla Commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro e il Manuale Inail per la valutazione dello stress lavoro correlato⁹². Tale strumentario può essere utile per realizzare una valutazione completa dei rischi psicosociali-organizzativi, giacché prende in considerazione numerosi aspetti che consentono di connettere i rischi con i modelli organizzativi adottati dall'azienda. A tali strumenti si potrà affiancare l'utilizzo di indicatori addizionali messi a punto da medicina e psicologia del lavoro - questionari, test psicologici, valutazioni cliniche - validati scientificamente, che permettano di indagare più approfonditamente ulteriori fattori di contenuto e di contesto del lavoro in maniera verificabile⁹³.

Da questa angolazione può essere altresì decisiva l'adozione, su base volontaria, di sistemi di gestione della sicurezza sul lavoro (con efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ex l. n. 231/2001): sistemi integrati che riservano un significativo spazio all'analisi di rischio predittivo sugli aspetti organizzativi e gestionali⁹⁴. In

91 La giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto l'indennizzabilità della malattia provocata non da specifiche lavorazioni ma dalle modalità di organizzazione del lavoro, sottolineando che ciò che rileva per l'operatività della copertura assicurativa è che la malattia derivi dal fatto oggettivo dell'esecuzione della prestazione in un determinato ambiente di lavoro: tra le più recenti v. Cass. 11 ottobre 2022, ord., n. 29515; Cass. 11 ottobre 2022, ord., n. 29611; Cass. 25 ottobre 2022, ord., n. 31514.

92 V., per tutti, D. GOTTARDI, *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell'Accordo quadro europeo*, in *Guida al lav.*, 2008, 26, p. 20 ss.; M. TIRABOSCHI-M. GIOVANNONE, *Valutazione stress lavoro-correlato: indicazioni della Commissione consultiva*, in *Guida al lav.*, 2010, 46, p. 10 ss.; A. AVARELLO-T. FANUCCHI, *Questioni aperte nella rilevazione del rischio stress lavoro-correlato*, in *Dir. sic. lav.*, 2021, 1, spec. p. 6 ss.

93 Tale operazione è necessaria a fronte dell'assenza di uno strumento sistematicamente strutturato e validato per una valutazione completa e multidimensionale dei vari rischi che può presentare l'ambiente di lavoro. Cfr. AA. VV., *D.lgs. 81/2008: con ferme e novità in tema di stress correlato al lavoro*, *Giornale italiano di medicina del lavoro ed ergonomia*, 2009, 31(2), p. 154 ss.; S. BOCA-S. RUGGIERI-S. INGOGLIA, *Metodologia della ricerca psicosociale*, Laterza, Roma-Bari, 2007; C. BARBARANELLI - E. NATALI, *I test psicologici: teorie e modelli psicometrici*, Carocci, Roma, 2005.

94 Cfr. AA. VV., *Modelli organizzativi e gestionali per la sicurezza sul lavoro. Analisi empirica e prospettive applicative*, Edizioni Università di Trieste, 2017; P. PASCUCCI-L. ANGELINI-C. LAZZARI, *I «sistemi» di vigilanza e di controllo nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 2015, p. 621 ss.; AA. VV.,



relazione ai rischi psicosociali e alla salute psicologica delle organizzazioni, assume un peculiare rilievo la nuova norma ISO 45003, pubblicata nel giugno 2021, volta proprio a definire Linee guida per la gestione dei rischi psicosociali, per promuovere il benessere organizzativo come componente di un più ampio sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro⁹⁵.

6. *Segue. Promuovere un lavoro umanamente sostenibile.*

All'esito dell'attività valutativa il datore deve indicare, nell'apposito documento, le misure di prevenzione e di protezione adeguate alle disfunzionalità individuate. Si tratterà di provvedimenti di revisione degli assetti organizzativi e relazionali quando inidonei a garantire un ambiente di lavoro sano, un positivo clima organizzativo e una gestione delle risorse umane trasparente e inclusiva⁹⁶: azioni che attengono alla misurazione e all'organizzazione di carico, tempi e ritmi di lavoro, nonché azioni che si dipanano sul piano delle dinamiche relazionali, cui saranno affiancate misure tecniche per assicurare la salubrità e la sicurezza dei dispositivi informatici e dei *devices* che consentono di accedere allo spazio virtuale mediante *standard* d'impiego e limitazioni d'uso.

Nella prospettiva segnalata le dinamiche relazionali sono nevralgiche anche per gestire le diversità e scongiurare molestie e discriminazioni che, come anticipato *supra*, possono integrare nel luogo di lavoro una fonte ulteriore di rischio e di pericolo di matrice sociale⁹⁷. Del resto si può fare fronte a questi peculiari rischi, oltre che con lo strumentario di cui al d.lgs. n. 81/2008 (e, ancor prima, di cui all'art. 2087 cod. civ.) con le disposizioni antidiscriminatorie che includono le molestie e le molestie sessuali tra le discriminazioni vietate e connettono la disparità di trattamento con un fattore di rischio a prescindere dall'effettiva appartenenza

Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, a cura di D. FONDAROLI-C. ZOLI, Giappichelli, Torino, 2014.

95 La nuova norma ISO 45003:2021 *Guidelines for managing psychosocial risks* integra la ISO 45001, introdotta nel 2018 e riconosciuta a livello internazionale. Tale introduzione segna il superamento del modello OHSAS 18001, norma del British Normas Institution, il cui processo di migrazione alla norma ISO si è concluso il 30 settembre 2021.

96 Tali indicazioni trovano conferme, da ultimo, nel Report EU-OSHA, *Managing psychosocial risks in European micro and small enterprises: Qualitative evidence from the Third European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER 2019)*, 2022.

97 V. E. ALES, *Il benessere del lavoratore: nuovo paradigma di regolazione del rapporto*, in *Dir. lav. merc.*, 2021, 1, p. 43 ss. È utile segnalare che all'interno della ISO 45003 la violenza sul lavoro, le molestie, il bullismo e la vittimizzazione compaiono fra i fattori sociali sul lavoro (tab. 2) che riguardano la *security* ma anche la *safety*, rispetto a cui attivare un'adeguata valutazione dei rischi e l'individuazione e implementazione di misure atte a controllare tali fenomeni nell'ambito della prevenzione.



dello stesso alla vittima. In questa direzione un rafforzamento della tutela in relazione al metaverso può derivare dalla Convenzione ILO 190 del 2019, recentemente trasposta nel nostro Paese, giacchè nell'elenco esemplificativo dei modi in cui si può manifestare la violenza o la molestia sono indicate «le comunicazioni e i messaggi virtuali» (art. 3, lett. d).

L'apertura a un approccio integrato e a un modello di valorizzazione delle risorse umane è pienamente coerente con il dato normativo: il T.U. Sicurezza responsabilizza i vari soggetti che compongono il sistema di prevenzione aziendale, compresi i (semplici) lavoratori, ne promuove il coinvolgimento attivo (ancora più indispensabile quando si riscontra una mancanza di interazioni in presenza) e sottende una lettura unitaria della struttura organizzativa aziendale e della struttura organizzativa della sicurezza⁹⁸.

In questa cornice strumenti preziosi sono certamente la formazione e la disconnessione⁹⁹.

La formazione è indispensabile per acquisire e migliorare la consapevolezza e la comprensione delle problematiche associate alla dimensione psicosociale, nonché le competenze per gestirle al meglio e per un uso corretto della strumentazione tecnologica e immersiva¹⁰⁰.

La disconnessione, libera dagli stretti confini del lavoro agile, va intesa come componente del diritto alla salute e tassello vitale per la tutela di altri beni (vita privata, dimensione esistenziale della persona, dignità, i tempi di riposo) in qualche misura "attratti" dalla dimensione universale del «fondamentale» diritto di cui all'art. 32 Cost.¹⁰¹.

Gli interventi cui si è fatto cenno dovrebbero essere inseriti in un progetto più ampio di promozione della salute e del benessere, con un investimento già in fase di progettazione dell'ambiente fisico e/o virtuale di lavoro in modo da evitare, per quanto possibile, di intervenire *ex post* con misure correttive; una progettazione che trascenda i profili più strettamente architettonici per comprendere la pianificazione e l'implementazione dei processi organizzativi (a partire dalla gestione delle risorse umane), nonché di programmi di promozione del benessere della persona sul luogo di lavoro. In questo modo le azioni sul

98 Sul dualismo tra i due ambiti organizzativi v. F. BACCHINI, *Sicurezza (del lavoro) e organizzazione (aziendale)*, in *I Working Papers di Olympus*, 2013, 28, p. 1 ss.

99 Per una lettura della disconnessione e della formazione come *mental health resources at work* sia consentito il rinvio a C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale dentro e fuori l'istituzione*, cit., spec. p. 333 ss.

100 *Amplius* N. DE ANGELIS, *La formazione dei lavoratori nell'ambiente virtuale. Rischi e opportunità del metaverso*, cit.

101 Sul diritto alla disconnessione v. per tutti A. PRETEROTI, *Ambiente digitale e benessere: la disconnessione come diritto della personalità e strumento di tutela della dignità umana*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, 2023, 3, p. 1.



contesto psicosociale del luogo di lavoro acquisiscono una maggiore efficacia perché integrate in un approccio sistemico che agisce (anche) su fattori non tradizionalmente associati al rischio lavorativo, ma funzionali a rendere il luogo di lavoro un ambiente “favorevole alla salute” e capace di riflettere una visione di lavoro umanamente sostenibile¹⁰².

102 Sulla sostenibilità v., almeno, M. MARAZZA, *Il diritto del lavoro per la sostenibilità del valore sociale dell'impresa*, in *Il diritto del lavoro per una ripresa sostenibile*, XX Congresso nazionale Aidlass, Taranto 28-30 ottobre 2021, La Tribuna, Piacenza, 2022, p. 191 ss.; V. SPEZIALE, *L'impresa sostenibile*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 494 ss.



RETRIBUZIONE E DOVER ESSERE COSTITUZIONALE ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Dario Martire *

Abstract [It]: Le sentenze pronunciate dalla Corte di cassazione lo scorso ottobre si sono concentrate sulla conformità della retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva all'art. 36 della Costituzione e applicata dai datori di lavoro. L'intento di queste decisioni è stato quello di contrastare il diffuso fenomeno del lavoro povero o della povertà nonostante il lavoro, cercando di stabilire dei principi generali per arginare questa problematica. Nonostante gli sforzi per risolvere le questioni salariali, potrebbero emergere ulteriori sfide in termini di compatibilità costituzionale, date le diverse circostanze trattate e la presenza di una regolamentazione specifica per alcune categorie di lavoratori.

Abstract [En]: The sentences pronounced by the Court of Cassation last October focused on the conformity of the remuneration established by collective bargaining to Article 36 of the Constitution and applied by employers. The purpose of these decisions was to counter the widespread phenomenon of working poverty or poverty despite work, seeking to establish general principles to address this issue. Despite efforts to address wage issues, further challenges in terms of constitutional compatibility may arise, given the diverse circumstances addressed and the presence of specific regulation for certain categories of workers.

SOMMARIO: 1. Il contesto. – 2. Sindacalismo di fatto e dover essere costituzionale. – 3. Il ruolo della giurisprudenza tra automatismi ed efficacia dei contratti collettivi. – 4. Interpretazione conforme o disapplicazione del testo? Conclusioni.

1. Il contesto

Con sei sentenze pronunciate nello scorso ottobre, la Corte di cassazione ha affrontato la questione della conformità all'art. 36 della Costituzione della retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva e applicata dal datore di lavoro¹.

1 * Ricercatore di diritto pubblico nell'Università Sapienza di Roma Sulla vicenda v. M. D'ORIANO, *La Cassazione sul salario minimo costituzionale: squarciato il velo sul lavoro "povero"*, in *Lavoro e giur.*, 2023, n. 11, p. 1042 ss., A. CASU, *Un "message in a bottle" sul salario minimo (con uno sguardo alla proposta di legge delega). La Cassazione ribadisce la funzione di controllo del giudice in materia di giusta retribuzione*, in *Diritti comparati*, 18 dicembre 2023. Sulla nozione di retribuzione v. S. BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002 e ID., *Giusta retribuzione e contratto collettivo tra Costituzione e diritto europeo*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2024, n. 1.



Le decisioni hanno l'ambizione di incidere sulla questione salariale e di porre un argine al fenomeno, oramai diffuso, del c.d. lavoro povero o della povertà nonostante il lavoro². Le cause, tutte espressione della libertà sindacale e, dunque, di una libertà funzionale alla tutela dei diritti collettivi dei lavoratori, sono molteplici, individuate dalla stessa Cassazione nella frammentazione della rappresentanza e nella presenza sulla scena negoziale di associazioni collettive sindacali e datoriali di dubbia rappresentatività (i c.d. "contratti pirata"); nella frantumazione dei perimetri negoziali e degli ambiti della contrattazione, dei settori e delle categorie; nella conseguente proliferazione del numero dei CCNL; nella moltiplicazione del fenomeno della disparità di retribuzione a parità di lavoro; nel ritardo dei rinnovi dei contratti collettivi e nell'inflazione.

Si tratta peraltro di pronunce che si inseriscono lungo un percorso giurisprudenziale iniziato negli anni immediatamente seguenti all'entrata in vigore della Costituzione e che dunque sviluppano principi già affermati in varie occasioni dal giudice di legittimità, anche se in un contesto sociale ed economico profondamente mutato.

La portata innovativa delle decisioni, nell'ambito della discussione pubblica sul salario minimo (definito appunto costituzionale), è stata individuata nella valutazione, e nella conseguente possibile disapplicazione, da parte del giudice, del trattamento economico stabilito dai contratti collettivi (minimi salariali e istituti retributivi ad eccezione degli emolumenti accidentali quali lo straordinario), compresi quelli sottoscritti dalle organizzazioni maggiormente rappresentative, se non conformi ai principi costituzionali di proporzionalità e sufficienza stabiliti dall'art. 36 Cost.

È proprio la Corte di cassazione ad evidenziare la continuità rispetto alla sua giurisprudenza pregressa, affermando che l'orientamento consolidato risulta conforme alle regole e allo spirito della Costituzione, per cui risulta necessario «*apportare solo alcune limitate precisazioni* per fugare taluni dubbi e chiarire il consolidato orientamento di legittimità a fronte della realtà di fatto che si è venuta a determinare negli ultimi tempi nel nostro Paese, e dentro la quale si colloca oggi la questione della sindacabilità del contratto collettivo nazionale di categoria sottoscritto da OO.SS. maggiormente rappresentative, che è oggetto della

2 Cfr. T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2019, n. 386, p. 6 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, n. 2, pp. 240-241; P. PASCUCCHI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, relazione al Congresso AIDLaSS del 17 maggio 2018, p. 7 ss., C. PONTERIO, *Il lavoro per un'esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale*, in *Questionegiustizia.it*, 2019; F. MARTELLONI, *Il salario minimo legale come strumento di attuazione costituzionale*, in *costituzionalismo.it*, 2023, n. 3; J. RIFKIN, *La fine del lavoro, il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Baldini+Castoldi, Milano, 1995; L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Bari, 2009; C. SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Feltrinelli, Bologna, 2015; A. LASSANDARI, E. VILLA, C. ZOLI (a cura di), *Il lavoro povero in Italia: problemi e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2022; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino, 2018; L. TRONTI, *Stagnazione dei salari, disuguaglianze, rapporto produttività-salari e prospettive di sviluppo. Un approccio istituzionale*, convegno INAPP dal titolo *Dinamiche e determinanti della produttività del lavoro e dei salari in Italia: quali prospettive?*, Roma, 20 dicembre 2022.



controversia»³. Pertanto, aggiunge la Corte, «pur di fronte alla situazione di crisi in parte nuova che si è venuta determinando, non cambia, e non può cambiare considerata l'inderogabilità dell'art. 36 Cost., la sperimentata regola della presunzione *iuris tantum*, salvo prova contraria, di conformità del trattamento salariale stabilito dalla contrattazione collettiva alla norma costituzionale, *dovendosi solo chiarire che essa opera non solo "in mancanza di una specifica contrattazione di categoria"*, come talvolta si è affermato nella giurisprudenza di merito, *ma anche "nonostante" una specifica contrattazione di categoria*»⁴.

Precisazioni che, in realtà, aprono la via ad altrettanti problemi di compatibilità costituzionale. Le vicende sottoposte al giudizio della Corte di cassazione erano infatti diverse, poiché ricomprendevano situazioni relative sia a soci o dipendenti di società cooperative, disciplinate dalla legge n. 142 del 2001, sia quelle concernenti i dipendenti di società a responsabilità limitata o per azioni, per le quali, come è noto, non era prevista (e non è ancora oggi prevista) una disciplina specifica per la determinazione minima della retribuzione⁵.

Stesso oggetto, poiché veniva applicato lo stesso CCNL Servizi fiduciari, diversa natura giuridica del datore di lavoro e della relativa disciplina applicabile, ma conclusioni analoghe.

Nelle sentenze del 2 ottobre la Corte di cassazione afferma infatti in primo luogo che «Nell'attuazione dell'art. 36 della Costituzione il giudice, in via preliminare, deve fare riferimento, quali parametri di commisurazione, alla retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria, dalla quale può motivatamente discostarsi, anche *ex officio*, quando la stessa entri in contrasto con i criteri normativi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione dettati dall'art. 36 Cost., *anche se il rinvio alla contrattazione collettiva applicabile al*

3 Cfr., tra le varie decisioni, il punto 33 delle Ragioni di Cass. 2 ottobre 2023, n. 27713, corsivi nostri.

4 Cfr., tra le varie decisioni, il punto 39 delle Ragioni di Cass. 2 ottobre 2023, n. 27713, corsivi nostri.

5 Nello specifico si trattava dei seguenti ricorsi: Cass. 2 ottobre 2023, n. 27769, avente ad oggetto il ricorso proposto da vari lavoratori, relativamente all'adeguamento, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione, del trattamento retributivo loro corrisposto dalla società appellante Servizi Fiduciari Soc. Coop. (già Sicuritaria Servizi Fiduciari Soc. Coop.) in base al CCNL servizi fiduciari applicato; Cass. 2 ottobre 2023, n. 27711, avente ad oggetto il ricorso presentato da un lavoratore, relativamente all'adeguamento, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione, del trattamento retributivo corrisposto dalla società Servizi Fiduciari Soc. Coop. (già Sicuritaria Servizi Fiduciari Soc. Coop.) in base al CCNL servizi fiduciari applicato; Cass. 2 ottobre 2023, n. 27713, avente ad oggetto il ricorso presentato da un lavoratore, relativamente all'adeguamento, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione, del trattamento retributivo corrisposto dalla società Security Group s.r.l., in base al CCNL servizi fiduciari applicato; Cass. 10 ottobre 2023, n. 28320, avente ad oggetto il ricorso presentato da vari lavoratori, relativamente all'adeguamento, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione, del trattamento retributivo corrisposto dalla società Azienda Trasporti Milanesi spa., in base al CCNL per i dipendenti di istituti e imprese di vigilanza privata servizi fiduciari; Cass. 10 ottobre 2023, n. 28321, avente ad oggetto il ricorso presentato da vari lavoratori, relativamente all'adeguamento, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione, del trattamento retributivo corrisposto dalla società C.I.V.I.S. – Centro Italiano di Vigilanza Interna e Stradale spa., in base al CCNL per i dipendenti di istituti e imprese di vigilanza privata servizi fiduciari; Cass. 10 ottobre 2023, n. 28323, avente ad oggetto il ricorso presentato da una lavoratrice, relativamente all'adeguamento, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione, del trattamento retributivo corrisposto dalla società C.I.V.I.S. – Centro Italiano di Vigilanza Interna e Stradale spa., in base al CCNL per i dipendenti di istituti e imprese di vigilanza privata servizi fiduciari.



caso concreto sia contemplato in una legge, di cui il giudice è tenuto a dare una interpretazione costituzionalmente orientata».

La presenza di una legge in un campo ove la diffusione dei principi costituzionali previsti dall'art. 36 Cost. è stata tradizionalmente affidata al giudice di merito e di legittimità pone evidentemente la questione della possibile estensione di quella edificazione sottostante - relativa alla disapplicazione del contratto collettivo in quanto non proporzionato alla quantità e qualità del lavoro e, in ogni caso, non sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa - anche ad un contratto collettivo che sia però oggetto di un esplicito rinvio legislativo.

In secondo luogo, occorre altresì interrogarsi circa la questione, alla precedente collegata, inerente ai confini dell'interpretazione conforme; se, in altri termini, l'operazione posta in essere dal giudice di legittimità possa effettivamente definirsi come interpretazione conforme o, al contrario, come mera disapplicazione della legge.

Secondo la Corte, peraltro, «Nella opera di verifica della retribuzione minima adeguata ex art. 36 Cost. il giudice, nell'ambito dei propri poteri ex art. 2099, 2° comma c.c., può fare altresì riferimento, all'occorrenza, ad indicatori economici e statistici, *anche secondo quanto suggerito dalla Direttiva UE 2022/2041 del 19 ottobre 2022*»; un riferimento che sembra presumere una efficacia diretta e orizzontale della direttiva, tutt'altro che scontata⁶.

La Corte precisa, dunque, che è dovere del giudice controllare l'idoneità del parametro (anche se previsto dal CCNL stipulato da una organizzazione sindacale maggiormente rappresentativa) a soddisfare i requisiti indicati dall'art. 36 Cost., individuando però nuovi elementi, quali la soglia di povertà individuata dall'Istat, il salario medio o mediano individuabile attraverso i dati censiti dall'Inps e altri, precisando altresì che la retribuzione non deve essere finalizzata esclusivamente alla protezione dalla povertà, ma deve anche assicurare una esistenza "libera e dignitosa".

Occorre infine rilevare come la decisione si inserisca in un contesto fervente, contraddistinto da numerose proposte di legge presentate in Parlamento⁷, da un parere fornito dal CNEL contrario alla introduzione di un salario minimo legale⁸, nonché da una decisione del Tribunale di Bari, la n. 2720 del 13 ottobre 2023, che ha ritenuto, sulla scorta dei principi affermati nelle sentenze della Corte di cassazione, inadeguata e insufficiente la retribuzione di un lavoratore - inquadrato regolarmente con CCNL Servizi Fiduciari - per violazione del parametro costituzionale. Peraltro, il TAR Lombardia, con sentenza n. 2046 del 4 settembre 2023, aveva già confermato la legittimità delle tabelle retributive previste dal CCNL Servizi Fiduciari, respingendo le pretese dell'Ispettorato del lavoro volte a imporre l'applicazione del

⁶ Sulla direttiva v. F.V. DELLA CROCE, *Il salario minimo tra spinta europea e quadro costituzionale. Alla ricerca di una "via italiana"*, in *Osservatorio Aic*, 2022, n. 6, p. 219 ss.

⁷ Si tratta dei d.d.l. Fratoianni, n. 141, Serracchiani, n. 210, Laus n. 216, Conte n. 306, Orlando n. 432 e Richetti n. 1053.

⁸ Reperibile sul sito del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro.



CCNL di un diverso settore produttivo, in quanto ritenuto maggiormente in linea con l'art. 36 della Costituzione⁹.

2. Sindacalismo di fatto e dover essere costituzionale.

Nel contesto di mancata attuazione dell'art. 39, secondo parte, Cost., la giurisprudenza (di merito e di legittimità) ha utilizzato come parametro di riferimento della retribuzione – stante l'impossibilità di utilizzare direttamente eventuali contratti collettivi, pena la violazione della normativa costituzionale inattuata – le tariffe salariali dei contratti collettivi di categoria. Per effetto di una presunzione *iuris tantum*, i giudici hanno ritenuto che i minimi retributivi dei contratti collettivi nazionali di lavoro fossero conformi al precetto costituzionale.

In tal modo, la giurisprudenza ha svolto una importante funzione di sostegno del ruolo della contrattazione collettiva nell'individuazione della retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e, in ogni caso, sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa. Sostegno che, in realtà, si inseriva all'interno di un circuito di aperta adesione ad un sistema delle relazioni industriali atipico, sganciato dal modello istituzionale prescritto dalla Costituzione, ma, al tempo stesso, connesso con la libertà di organizzazione sindacale, elemento che consentiva di ricostruire il fenomeno sindacale

9 Si legge nella sentenza che “L'avvenuta sottoscrizione di un Contratto collettivo da parte delle associazioni sindacali (e datoriali) maggiormente rappresentative rende siffatto accordo idoneo a fungere da parametro per l'individuazione della soglia della retribuzione da considerare idonea e proporzionata ai sensi dell'art. 36 Cost. e serve a scongiurare il rischio dell'applicazione dei “*contratti cc.dd. pirata, sottoscritti da associazioni sindacali minoritarie o, comechessia, non sufficientemente rappresentative delle parti sociali, con l'obiettivo di costituire una surrettizia ed elusiva alternativa ai più impegnativi e garantistici (in punto di retribuzioni minime, di numero di ferie e/o permessi et similia) contratti nazionali cc.dd. tradizionali*” (Consiglio di Stato, V, 19 giugno 2023, n. 6008). (...) Pertanto, stante l'accertata idoneità del C.C.N.L. Vigilanza privata e servizi fiduciari a garantire il trattamento economico proporzionato e sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost., secondo quanto precisato dalla già citata sentenza della Corte costituzionale n. 51 del 2015 – che assume, ai sensi dell'art. 7, comma 4, del decreto legge n. 248 del 2007, convertito in legge n. 31 del 2008, l'idoneità dei trattamenti economici complessivi minimi previsti dai C.C.N.L. di settore, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, della proporzionalità e della sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio-lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost. –, risulta legittima la scelta della Cooperativa ricorrente di applicare il predetto C.C.N.L. ai propri soci-lavoratori. Del resto, il C.C.N.L. da applicare ai propri dipendenti rientra nella scelta discrezionale del datore di lavoro e, salvo il caso di Contratti collettivi contenenti previsioni contrarie alla legge oppure riferibili a categorie del tutto disomogenee con quelle in cui opera l'impresa, tale determinazione non è sindacabile nel merito in sede giurisdizionale. (...) Nemmeno può prendersi a riferimento, da parte di qualsivoglia autorità di controllo, un salario individuato con parametri differenti rispetto a quanto stabilito in sede normativa – in assenza di un salario minimo previsto (e imposto) dalla legge – visto che, oltre alla violazione del disposto di cui all'art. 7, comma 4, del decreto legge n. 248 del 2007, convertito in legge n. 31 del 2008, che individua le modalità di commisurazione del trattamento economico proporzionato e sufficiente, si lascerebbe all'Amministrazione procedente (in sede ispettiva) o al giudice (in sede contenziosa) la scelta in ordine alla giusta retribuzione, con inevitabili conseguenze in termini di disparità di trattamento tra i lavoratori e le imprese”.



come il risultato di un pluralismo spontaneo fattuale e costituzionale¹⁰. L'inadempienza costituzionale del legislatore ordinario, dovuto anche alla ferrea opposizione del sistema sindacale, che aveva consentito a quest'ultimo di autoregolarsi e alla dottrina di pronunciarsi in termini di "sovranità dell'autonomia collettiva", aveva dato il via, come è noto, ad un sistema il cui tratto peculiare era rappresentato dal costante supporto, non solo della dottrina giusprivatistica e di quella delle relazioni industriali, dominanti negli anni '50 e '60, e della giurisprudenza sia costituzionale che ordinaria, ma anche del legislatore, che, pur non attuando quanto dettato dall'art. 39 Cost., adottò, nel corso dell'esperienza repubblicana, leggi di promozione e sostegno dell'autonomia collettiva (tra cui la legge Vigorelli, n. 741 del 1959, e lo Statuto dei lavoratori, legge n. 300 del 1970)¹¹.

Il meccanismo così instaurato, ribattezzato sindacalismo di fatto, presupponeva, evidentemente, uno scarto con il dover essere costituzionale delineato dall'art. 39 e si basava su alcuni punti cardine: da un lato, la costante inattuazione dell'art. 39 Cost., nella parte in cui richiedeva la registrazione dei sindacati, una rappresentanza unitaria e, di conseguenza, un contratto collettivo con efficacia *erga omnes*; dall'altro, l'effettività del precetto di cui all'art. 36 Cost., primo comma, nella parte in cui richiedeva una effettiva tutela dei lavoratori e della loro retribuzione altrimenti lasciata al contratto individuale, pel tramite del sostegno (anche legislativo) alla contrattazione collettiva, resa tuttavia problematica dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost.

Occorre peraltro rilevare come la fortuna dell'art. 36, comma 1, Cost. fosse tutt'altro che casuale, considerata la diversa sorte che nell'esperienza repubblicana avevano invece avuto le altre norme costituzionali che prevedono analogamente diritti dei lavoratori e che non furono mai configurate dalla giurisprudenza costituzionale come diritti soggettivi perfetti¹².

Entrambi i profili avevano lo scopo (l'obiettivo costituzionale) di emancipare i lavoratori e di renderli, per effetto della rimozione di quegli ostacoli di ordine economico e sociale, e dunque dello sviluppo della propria personalità, partecipi effettivi dell'organizzazione

10 Cfr. G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Edizioni di comunità, Milano, 1972; F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero (1949)*, in ID., *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961, ID., *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, in *Studi in onore di F. Carnelutti*, IV, Cedam, Padova, 1950, ID., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1952, ID., *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959; G. GIUGNI, *Art. 39*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1979; ID., *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960; C. ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954; C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura. Atti della giornata di studio, Siena 31 gennaio 2003*, Giuffrè, Milano, 2005.

11 M. RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, p. 263 ss. Come è noto, la proroga alla legge Vigorelli disposta dalla legge n. 1027 del 1960, che delegava il Governo ad emanare norme uniformi alle clausole dei contratti collettivi stipulati nei dieci mesi successivi dall'entrata in vigore della legge stessa, è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 106 del 1962. Peraltro, lo stesso Statuto dei lavoratori ha subito l'intervento della Corte costituzionale; basti pensare alla vicenda relativa all'art. 19. Cfr. Corte cost., 23 luglio 2013, n. 231.

12 Basti pensare all'art. 36, comma 3, Cost.



politica, economica e sociale del Paese¹³. Il sostegno alla contrattazione collettiva rappresentava infatti un supporto al sindacato quale corpo intermedio in grado di superare la disparità contrattuale con il datore di lavoro, attraverso cui si poteva giungere agli obiettivi di cui all'art. 3, comma 2, Cost. Un'eco di tale dimensione si ritrova peraltro nel richiamo della Corte di cassazione alla direttiva europea 2022/20241 sui salari minimi adeguati nell'Unione europea, quando si afferma che «oltre alle necessità materiali quali cibo, vestiario e alloggio, si potrebbe tener conto anche della necessità di partecipare ad attività culturali, educative e sociali»¹⁴.

Si è detto che «la giurisprudenza italiana sull'art. 36 Cost. ha rappresentato, dunque, un essenziale elemento di compensazione rispetto all'astensionismo del legislatore: astensionismo tradottosi nell'assenza sia di una legislazione sul salario minimo che di un procedimento legale attuativo dell'art. 39, seconda parte, Cost. idoneo ad assicurare alla contrattazione collettiva di categoria l'efficacia soggettiva *erga omnes*», producendo, in tal modo, «il notevole effetto di assicurare una tutela di matrice collettiva attraverso un tipico rimedio individuale, quale il ricorso giurisdizionale, al quale qualsiasi dipendente ha la possibilità di accedere invocando un parametro oggettivo, di agevole prova nel processo qual è, per l'appunto, la parte economica del Ccnl di categoria»¹⁵.

Questo già ci indica, nonostante alcune posizioni divergenti della dottrina, anche costituzionalistica, per certi versi supportati da una certa lettura della giurisprudenza costituzionale e in particolare della sentenza n. 51 del 2015, il legame inscindibile che, nella esperienza repubblicana, ha assunto il precetto di cui all'art. 36 Cost. rispetto a quello delineato dall'art. 39 Cost., per come, tuttavia, essi sono venuti configurandosi¹⁶.

Un legame che dunque assume rilevanza a partire da ciò che il dover essere costituzionale è divenuto e la cui interpretazione non può prescindere dall'intima connessione che si è determinata tra i due precetti; conclusione che certamente non preclude una attuazione legislativa dell'art. 36 Cost., ma la rende più complessa e tortuosa di quanto venga declinata quando si considera la stessa come una monade separata dall'art. 39 Cost.¹⁷.

13 C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit.

14 Cfr. il considerando n. 28 della direttiva europea 2022/20241 sui salari minimi adeguati nell'Unione europea.

15 G. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lav. dir.*, 2011, n. 4, p. 642.

16 Secondo S. BELLOMO, *Giusta retribuzione e contratto collettivo*, cit., p. 4, «Così statuendo, la Cassazione ha in una certa misura circostanziato un precedente pronunciamento della Corte costituzionale (sentenza n. 51 del 2015) la cui motivazione, la cui formulazione avrebbe potuto, letta al di fuori di un più ampio contesto sistematico, avallare l'idea di una sorta di presunzione assoluta della conformità all'art. 36 Cost. della retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative.

17 Come rileva S. BELLOMO, *Giusta retribuzione e contratto collettivo*, cit., p. 7: «Né va trascurato, anche a prescindere da tali problematicità applicative, il profilo dei dubbi di costituzionalità che potrebbero essere avanzati nei confronti di una disposizione legislativa che pervenisse al riconoscimento della vincolatività anche della sola parte retributiva del contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative in rapporto all'art. 39, seconda parte Cost.».



Nella sent. 51 del 2015, la Corte costituzionale ha affermato che «Il censurato art. 7, comma 4, del d.l. n. 248 del 2007, congiuntamente all'art. 3 della legge n. 142 del 2001, lungi dall'assegnare ai predetti contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, efficacia *erga omnes*, in contrasto con quanto statuito dall'art. 39 Cost., mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost. Tale parametro è richiamato – e dunque deve essere osservato – indipendentemente dal carattere provvisorio del medesimo art. 7, che fa riferimento “alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative”. Nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva che, meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive nei settori in cui operano le società cooperative, l'articolo censurato si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative (fra le tante, la sentenza già citata della Corte di cassazione n. 17583 del 2014)»¹⁸.

Nella sentenza in oggetto la Corte ha tuttavia giudicato della legittimità di una legge specifica, avente ad oggetto un salario minimo legale tramite il rinvio ai contratti collettivi. Diversa sarebbe probabilmente l'ipotesi in cui una legge intervenga prevedendo un salario minimo legale generale attraverso il rinvio ai contratti collettivi per l'individuazione del trattamento economico minimo complessivo. Sarebbe evidentemente più oneroso per la Corte costituzionale, in tal caso, ritenere tale intervento una mera attuazione dell'art. 36 Cost. priva di frizioni costituzionali con l'art. 39 Cost.: la tesi del contratto collettivo richiamato dalla legge come parametro esterno di commisurazione sarebbe evidentemente più ardua da sostenere, in un contesto, peraltro, caratterizzato dal venir meno della conformità ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza di cui all'art. 36 Cost. della retribuzione prevista nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative.

18 Cfr. il punto 5.3 del Considerato in diritto. Sulla decisione v. i commenti di M. BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al ccnl delle organizzazioni più rappresentative del settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, n. 3, p. 493 ss.; V. BAVARO, G. ORLANDINI, *Le questioni salariali nel diritto italiano oggi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, n. 3, p. 285 ss.; A. BELLAVISTA, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati. L'Europa sociale ad una svolta*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, n. 2, p. 411 ss.; S. BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 1, p. 28 ss.; F. CARINCI, *Un invito alla discussione: il manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, n. 6, p. 103 ss.; M. DELFINO, *Proposta di direttiva, tutela giuridica dei salari e nodi della contrattazione collettiva in Italia*, in *Dir. rel. Ind.*, 2021, n. 2, 432 ss.; R. DI MEO, *Le "autorità salariali" e la via italiana al salario minimo legale*, in *Dir. rel. Ind.*, 2019, n. 3, p. 866 ss.; G. ORLANDINI, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *Lavoro e dir.*, 2018, n. 1, p. 7 ss.; C. PONTERIO, *Il lavoro per un'esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale*, cit.



D'altra parte, una ipotetica legge che individuasse un compenso minimo orario sarebbe probabilmente più in linea con quanto prescritto e non attuato dall'art. 39 Cost., ma al tempo stesso più limitante rispetto agli obiettivi delineati dall'art. 36 Cost., perché evidentemente più vicino al criterio della proporzionalità (un compenso orario individuato astrattamente potrebbe essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato), ma indifferente rispetto a quello della sufficienza, la cui valutazione in astratto sarebbe inidonea. Infine, una normativa che contemplasse anche durata del contratto e altre clausole (finalizzate alla migliore individuazione concreta del reale contesto di lavoro) sarebbe eccessivamente rigida e finirebbe per porre ancor più problemi in ordine alla libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1, Cost.

3. Il ruolo della giurisprudenza tra automatismi ed efficacia dei contratti collettivi.

L'art. 36 Cost., come è noto, accoglie due diversi principi: quello della proporzionalità e quello della sufficienza della retribuzione, il primo ancorato alla funzione corrispettiva del contratto, il secondo alla dignità della persona. In tal modo, si è detto, si assicurano «due diritti distinti, che, tuttavia, “nella concreta determinazione della retribuzione, si integrano a vicenda”»: quello ad una retribuzione “proporzionata” garantisce ai lavoratori “una ragionevole commisurazione della propria ricompensa alla quantità e alla qualità dell’attività prestata”; mentre quello ad una retribuzione “sufficiente” dà diritto ad “una retribuzione non inferiore agli *standards* minimi necessari per vivere una vita a misura d’uomo”, ovvero ad “una ricompensa complessiva che non ricada sotto il livello minimo, ritenuto, in un determinato momento storico e nelle concrete condizioni di vita esistenti, necessario ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa”. In altre parole, l’uno stabilisce “un criterio positivo di carattere generale”, l’altro “un limite negativo, invalicabile in assoluto”»¹⁹.

Il rimedio giurisprudenziale ha rinviato per lungo tempo un intervento legislativo sui minimi salariali, non imposto data la mancanza di una riserva di legge (considerata la mancata approvazione dell'emendamento presentato dal deputato Bibolotti), ma neanche precluso²⁰. Difatti, in un Paese a elevata diffusione ed efficacia della contrattazione collettiva, l'intervento del legislatore sulla retribuzione si è concentrato, peraltro solo in tempi recenti, in comparti di lavoro a bassa copertura contrattuale e nei quali era evidentemente maggiore il rischio di trattamenti retributivi al ribasso²¹.

¹⁹ Cfr. *ex multis*, Cass. 30 novembre 2016, n. 24449.

²⁰ Sul dibattito cfr. F. MARTELLONI, *Il salario minimo legale come strumento di attuazione costituzionale*, cit., p. 86 ss.

²¹ Si può far riferimento al lavoro dei soci di cooperativa, le collaborazioni a progetto, poi abrogate, i lavoratori distaccati e i c.d. *riders*. Peraltro, come rileva S. BELLOMO, *Giusta retribuzione e contratto collettivo*, cit., p. 3, «Né può dirsi che i precedenti tentativi legislativi di arginare tali derive attraverso l'imposizione di criteri selettivi destinati ad orientare la scelta del contratto collettivo da applicare (cfr., tra i molti riferimenti, l'art. 51 del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81) ovvero volti all'utilizzo di tali criteri ai fini dell'individuazione di adeguati parametri retributivi (come stabilito per i soci lavoratori di cooperative dall'art. 7, comma 4, del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla



La legge, peraltro, quando è intervenuta, non ha mai fissato un salario minimo legale, ma ha rinviato ai livelli salariali fissati dai contratti collettivi nazionali di settore o categoria affine, in una prospettiva, dunque, sempre orientata al sostegno dell'azione sindacale e che presupponeva, dunque, il rinvio in via esclusivamente parametrica.

La giurisprudenza ha quindi svolto un ruolo fondamentale di autorità salariale "suppletiva"; è divenuta, da subito, una parte rilevante di quel sistema che oggi viene pacificamente considerato in crisi. Occorre allora rilevare come anche l'intervento giurisdizionale sia stata in passato criticato dalla dottrina, sia per limiti, potremmo dire, strutturali, connaturati alla dimensione individuale del ricorso davanti ad essa, sia per interpretazioni dell'art. 36 Cost. definite al ribasso, nel momento in cui i giudici di merito hanno finito per sovrapporre e confondere i caratteri della proporzionalità e della sufficienza.

È noto come la giurisprudenza abbia elaborato il concetto di retribuzione adeguata utilizzando come parametro le tariffe salariali dei contratti collettivi nazionali della categoria o di quella affine, perché l'applicazione diretta del contratto collettivo avrebbe comportato la normativizzazione dello stesso e l'attribuzione ad esso di efficacia *erga omnes*, in palese violazione dell'art. 39, comma 4, Cost. Il contratto collettivo è stato utilizzato solo quale parametro esterno, ai fini del giudizio di adeguatezza della retribuzione quanto a proporzionalità e sufficienza, ed è stato solitamente individuato in base a regole di esperienza, senza nessun automatismo (attraverso il combinato disposto dell'art. 36 Cost., dell'art. 2099, comma 2, c.c. e dell'art. 1419, comma 2, c.c.).

Il richiamo alla presunzione *iuris tantum* e, dunque, alla necessità che non vi sia un rigido automatismo acquista inoltre particolare interesse alla luce della giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi, ove la Corte costituzionale ha ritenuto in più occasioni illegittime le normative eccessivamente rigide, che non lasciavano spazio al giudice - considerato il soggetto più idoneo per vagliare il caso concreto - di discostarsi dalla previsione astratta. Nel caso di specie, a ben vedere il sindacato, tramite la contrattazione collettiva, così come, *mutatis mutandis*, il legislatore nel caso della legge, nonostante sia l'autorità salariale privilegiata per l'individuazione della retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost.

L. 28 febbraio 2008, n. 31) abbiano sortito effetti risolutivi o abbiano quanto meno apportato correttivi alle più gravi distorsioni alimentate da tale involuzione del quadro di relazioni industriali nel nostro Paese. Ciò in primo luogo perché la nozione di rappresentatività comparata, nonostante tale formulazione si appresti di qui a poco a celebrare il suo trentennio dall'introduzione nel lessico legislativo, non ha mai ricevuto una chiara e "maneggevole" traduzione applicativa attraverso l'enucleazione di indicatori oggettivi e verificabili e di conseguenza non possiede una reale valenza selettiva. In secondo luogo perché, in ragione di scelte di politica sindacale non pienamente lineari e condivisibili, le stesse organizzazioni sindacali storicamente considerate come grandemente e/o storicamente rappresentative, anziché contrastare la deriva pulviscolare della rappresentanza datoriale astenendosi dal riconoscimento dei nuovi e talvolta spregiudicati protagonisti di questa diaspora come controparti negoziali, ne hanno indirettamente legittimato le ripercussioni maggiormente regressive, accettando di sottoscrivere contratti collettivi "concorrenziali" rispetto a quelli applicati negli stessi settori di attività (e stipulati dalle medesime organizzazioni sindacali) e fornendo quindi il loro sostanziale avallo all'insostenibile discesa dei trattamenti salariali ben al di sotto dei livelli di dignità economica e sociale prefigurati dalla previsione costituzionale».



(anche ad avviso della Corte di cassazione), subisce, in attuazione dei principi costituzionali, l'intervento del giudice, con conseguenze, considerata l'inattuazione dell'art. 39 e, dunque, l'assenza della legge, anche in ordine alla individuazione del giudice deputato alla tutela dei diritti fondamentali²².

La Corte di cassazione afferma peraltro che va sempre tenuto presente il monito secondo cui «il giudice deve sempre approcciarsi alla contrattazione collettiva “con grande prudenza e rispetto”, attesa la naturale attitudine degli agenti collettivi alla gestione della materia salariale, un principio garantito dalla Costituzione e anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»²³, ma, al tempo stesso, che «pur con tutta la prudenza con cui bisogna approcciare la materia retributiva ed il rispetto della riserva di competenza attribuita normalmente alla autorità salariale massima, rappresentata dalla contrattazione collettiva, non può che ribadirsi perciò come i criteri di sufficienza e proporzionalità stabiliti nella Costituzione siano gerarchicamente sovraordinati alla legge e alla stessa contrattazione collettiva ed abbiano contenuti (anche attinenti alla dignità della persona) che preesistono e si impongono dall'esterno nella determinazione del salario»²⁴.

In ogni caso, nell'elaborazione giurisprudenziale, il canone della sufficienza della retribuzione è rimasto in secondo piano rispetto a quello della proporzionalità; inoltre, è stato detto, dove è stato direttamente richiamato, ciò è avvenuto per lo più con finalità ribassiste, cioè «per giustificare il decremento dei minimi salariali di derivazione contrattuale in base a valutazioni di ordine economico e ambientale»²⁵.

La dottrina giuslavoristica, a partire dagli anni Ottanta, ha messo in luce i limiti dell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost. Nella giurisprudenza della Corte di cassazione sono stati infatti individuati vari criteri per giustificare il decremento della retribuzione contrattuale-collettiva, tra cui ha assunto particolare rilevanza quello relativo alle piccole dimensioni dell'impresa e all'assunto per cui l'applicazione dei minimi salariali del contratto collettivo avrebbe finito per mettere a rischio la sopravvivenza dell'azienda²⁶. *Self-restraint* della giurisprudenza si è detto, condizionato dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost. e dalla sua valenza impeditiva, costantemente affermata dalla giurisprudenza costituzionale²⁷; conseguenza di «una contraddizione in qualche modo insita nella stessa *ratio* dell'operazione di tutela costituzionale», a suo tempo rilevata da Tiziano Treu, per cui «l'esigenza di sopperire alla carenza di un sistema di contrattazione collettiva efficace *erga omnes*, mai venuto in essere, non può giustificare l'aggiramento dell'art. 39, seconda parte, Cost.; l'interpolazione delle tariffe retributive del Ccnl o l'uso di parametri totalmente eccentrici, formalmente in esecuzione del potere equitativo, serve proprio ad evitare che la pratica giurisprudenziale sull'art. 36 Cost. finisca per introdurre un elemento di *rottura* della

22 Su tali profili v. *infra*.

23 Cfr., tra le varie decisioni, il punto 37 delle Ragioni di Cass. 2 ottobre 2023, n. 27713.

24 Cfr., tra le varie decisioni, il punto 44 delle Ragioni di Cass. 2 ottobre 2023, n. 27713.

25 G. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, cit., p. 647. Basti pensare al criterio della dimensione dell'impresa.

26 In altri casi sono stati utilizzati criteri legati alle condizioni ambientali e territoriali.

27 C. PONTERIO, *Il lavoro per un'esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale*, cit.



Costituzione formale, con riferimento appunto all'art. 39, seconda parte, Cost. Ciò spiega perché la giurisprudenza sull'art. 36 Cost. non abbia assunto, per l'appunto, un'univoca ed oggettiva direttrice di adeguamento delle retribuzioni inique, facendo applicazione *tout court* dei minimi tabellari tratti dal Ccnl di categoria e perché, invece, abbia messo in atto una variegata serie di soluzioni applicative»²⁸.

In ogni caso, l'utilizzo dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative come parametro esterno consentiva di attribuire ad essi, di fatto, una efficacia, se non *erga omnes*, quantomeno espansiva, che andava oltre il singolo contratto collettivo stipulato, un risultato possibile grazie ai meccanismi sopra descritti e che realizzava, di fatto, principi costituzionali.

Nei casi affrontati dalla Corte di cassazione i contratti collettivi erano stati stipulati da sindacati la cui rappresentatività non era in discussione. Il giudice si è allontanato pertanto da quelli che sono i criteri tradizionali e ha finito per rinviarne l'individuazione al giudice di merito, con il conseguente, inevitabile, moltiplicarsi degli stessi.

4. Interpretazione conforme a Costituzione o disapplicazione del testo? Conclusioni

Per costante giurisprudenza il trattamento retributivo previsto dai contratti collettivi è stato considerato un parametro alla stregua del quale valutare la conformità ai canoni di proporzionalità e sufficienza previsti dall'art. 36 Cost.; in caso, dunque, di contratto individuale inferiore a quello collettivo, il giudice ha disposto la sostituzione della clausola incostituzionale con una conforme sia al contratto collettivo, sia all'art. 36 Cost.

In realtà l'operazione presupponeva la riproduzione di una diversa clausola che però presentava il medesimo contenuto di quella indicata dal contratto collettivo, stante l'impossibilità di applicare la stessa per violazione dell'art. 39 Cost. Questo era il meccanismo da sempre applicato, salvi i correttivi relativi alla disapplicazione dello stesso contratto collettivo per contrasto con l'art. 36 Cost., che, tuttavia, presupponevano l'assenza di una legge attuativa²⁹.

Nei casi affrontati dalla Corte di cassazione la legge era invece presente, la n. 142 del 2001, e rinviava ai trattamenti economici complessivi minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale "*del settore o della categoria affine*" (art. 3). Prevedeva, nello specifico, che "*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300, le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, ovvero, per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe*

28 G. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, cit., p. 647; T. TREU, *Art. 36*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1979, p. 72. V. anche C. TRIPODINA, *Articolo 36*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, spec. p. 352 ss.

29 Cfr. L. IMBERTI, *Art. 36 Costituzione: in assenza di interventi legislativi chi è l'autorità salariale?*, in *Lav. dir. eur.*, 2019, n. 3.



rese in forma di lavoro autonomo". In tal caso, dunque, vi era un espresso rinvio al trattamento economico previsto dalla contrattazione collettiva, la cui normativizzazione spostava l'asse della questione dalla conformità del contratto collettivo all'art. 36 Cost. alla legittimità della legge rispetto all'art. 39 Cost.

La Corte costituzionale, nella sentenza del 2015 già citata, ha sposato la tesi del parametro esterno di commisurazione, la cui solidità argomentativa traballava però per effetto della lettera della disposizione sopra richiamata, per cui *"Le società cooperative sono tenute a corrispondere"*: più un obbligo che un parametro. La difficoltà di ricondurre il contratto collettivo alla dimensione di parametro avrebbe dovuto porre allora anzitutto il problema della compatibilità con l'art. 39 Cost., non affrontato invece dalla Corte di cassazione.

In secondo luogo, la Corte di cassazione, nonostante la mediazione legislativa, ha applicato direttamente la disposizione costituzionale, che, come è noto, sin dalla sentenza n. 30 del 1960 ha attribuito al lavoratore un diritto soggettivo perfetto, meccanismo che, come abbiamo visto, presupponeva l'assenza di una legge ed il cui venir meno avrebbe dovuto generare un diverso percorso ermeneutico. In tal caso, infatti, disapplicando il contratto collettivo la Corte di cassazione ha finito per disapplicare anche la legge che rinviava allo stesso.

Il giudice di legittimità ha aggirato il problema facendo riferimento alla interpretazione costituzionalmente orientata. In realtà, qualora la Corte avesse applicato il CCNL del settore o della categoria affine, si sarebbe rimasti nell'ambito della lettera della legge, che fa riferimento, appunto, ad entrambi i contratti collettivi; nessuna disapplicazione, nessuna interpretazione costituzionalmente orientata, ma semplice applicazione letterale della disposizione, che prevedeva espressamente tale ipotesi.

La questione assume invece un tenore diverso se, come fa la cassazione, si richiamano espressamente altri indici non contemplati dalla disposizione. Il punto 3 della massima indicata dalle sentenze ci proietta al di fuori della portata normativa della disposizione, perché la lettera della legge non consente di riferirsi *"all'occorrenza, ad indicatori economici e statistici"*, peraltro anche secondo quanto suggerito dalla Direttiva.

La Consulta ha chiarito con forza che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (o qualche giudice ritenga di darne) ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»³⁰. Il limite ultimo, che

30 Cfr. Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356 e Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 42. Sul punto cfr. F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, ESI, Napoli, 2008, p. 260; ID., *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista Aic*, 18 aprile 2014; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, ESI, Napoli, 2014; ID., *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione giustizia*, 2018; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE E C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 89 ss.; M. D'AMICO-B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano, 6-7 giugno 2008, Giappichelli, Torino, 2009; AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi a Roma presso Palazzo della Consulta il 6 novembre 2009, Giuffrè, Milano, 2010; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Roma, 2011; M.A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, ESI, Napoli, 2014; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a*



l'interpretazione conforme non dovrebbe oltrepassare, attiene allora ai confini del testo e, dunque, alla lettera della legge: l'univoco tenore della norma «segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»³¹. In estrema sintesi, laddove l'interpretazione conforme non superi il perimetro semantico della disposizione, essa sarebbe legittima in quanto attività interpretativa; laddove, al contrario, tali limiti fossero trascesi, si tratterebbe di attività creativa e, dunque, illegittima³².

Senza affrontare le questioni relative alle implicazioni teoriche di tali affermazioni, vi è sostanziale accordo in dottrina, sul piano pratico, circa il limite testuale all'interpretazione conforme³³, con la conseguenza che, come si è detto, «la Corte costituzionale è diventata il giudice ultimo non solo di ciò che è l'interpretazione conforme, ma – stabilendo lei quando essa possa o non possa essere utilizzata, e facendolo tramite l'argomento del limite letterale – è divenuta anche il meta-giudice dell'interpretazione, definendo ciò che è interpretazione letterale e ciò che è interpretazione sistematica»³⁴. Alla luce di tali considerazioni, al fine di superare la portata letterale della disposizione era indispensabile sollevare la questione di legittimità costituzionale, nella parte in cui non prevedeva la possibilità di far riferimento ad indici diversi da quelli espressamente previsti.

La Corte di cassazione è invece incorsa in una mera operazione di disapplicazione della legge che, lungi dal configurarsi come interpretazione costituzionalmente orientata, si pone in contrasto con quanto delineato dalla giurisprudenza costituzionale e incide, inevitabilmente, anche sulla individuazione del giudice preposto alla tutela dei diritti fondamentali³⁵. Peraltro, i richiami alla direttiva sembrano presupporre effetti orizzontali della stessa o l'applicazione della Carta di Nizza con effetti diretti, punto su cui la Corte di cassazione non argomenta, limitandosi ad affermare che del contenuto della Direttiva UE 2022/2041 “relativa a salari minimi

Costituzione, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss.; F. MODUGNO-A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, ESI, Napoli, 2021.

31 Cfr. Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78.

32 Quanto detto è in continuità con quanto, da tempo, sostenuto dalla dottrina che ha sempre affermato come il limite (testuale) dell'interpretazione sia ciò che la norma non dice. Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 103: «il tenore letterale segna il limite estremo delle variabili di senso ascrivibili al testo».

33 Cfr. A. LONGO, *Tempo, Interpretazione, Costituzione*, cit., p. 169 ss. Sul piano teorico, come è noto, Modugno, partendo dalla propria impostazione giusrealista, sostiene, invece, l'inesistenza dell'interpretazione letterale. Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007; ID., *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale* in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, ESI, Napoli, 2008; ID., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, ESI, Napoli, 2007; ID., *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2009. V. anche i lavori di A. LONGO, tra cui *Tempo, Interpretazione, Costituzione*, ESI, Napoli, 2016.

34 A. LONGO, *Tempo, Interpretazione, Costituzione*, cit., p. 182, enfasi dell'Autore.

35 R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista Aic*, 2018, n. 4; G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo costituzionale. Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della Carta e "doppia pregiudizialità"*, in *Dir. pubbl.*, 2022, n. 3, p. 789 ss.



adeguati nell'Unione Europea termine" «il giudice interno deve tenere conto, secondo le ripetute indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, anche prima della scadenza del recepimento (...) obbligo che trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di irretroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale»³⁶. In tal modo, conclude la Corte, si «convalida in più di una disposizione il riferimento in questa materia agli indicatori Istat, sia sul costo della vita sia sulla soglia di povertà, oltre che ad altri strumenti di computo ed indicatori nazionali ed internazionali»³⁷.

Resta il fatto che la Direttiva, ai sensi dell'art. 17, prevede che gli Stati membri adottano le misure necessarie per conformarsi entro il 15 novembre 2024, termine evidentemente ancora non spirato. Peraltro, anche a voler considerare il richiamo al contenuto della direttiva prima della scadenza del termine di recepimento, la Corte di cassazione avrebbe dovuto in ogni caso individuare le disposizioni della Carta immediatamente applicabili nel diritto interno e in grado di esplicare effetti diretti, in quanto operazione eccedente i confini dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione³⁸.

Rusciano, in un lavoro del 2013, evidenziava come di fronte ai cambiamenti attuali, che non sono congiunturali, ma strutturali ed epocali, di fronte alla incapacità del legislatore di coglierne le ripercussioni profonde e di stare dentro la logica costituzionale, si pone all'interprete il problema di ritornare a leggere nella sua interezza l'art. 39 Cost. e di reperire strumenti per fronteggiare la crisi del sistema sindacale, vero e proprio pilastro del diritto del lavoro italiano³⁹.

36 Si richiamano Corte giust., sentenza *Adelener et al.* causa C-212/04, sentenza *Sorge* causa C-98/09, sentenza *Pfeiffer* causa C-397/01 e C-403/01.

37 Cfr., tra le varie decisioni, il punto 24.1 delle Ragioni di Cass. 2 ottobre 2023, n. 27713.

38 Sull'efficacia diretta v. F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2022; A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, 2020, n. 1, p. 445 ss.; ID., *Giudice comune e carta dei diritti: quale spazio per la disapplicazione?*, in *gruppodipisa.it*, 2021, n. 3; D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 3; ID., *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista Aic*, 2019, n. 1; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista Aic*, 2019, n. 4; ID., *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, n. 6, p. 2955 ss.; M. CAREDDA, *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Dir. e società*, 2018, n. 1, p. 99 ss.; F. SAITTO, *La Corte costituzionale come garante dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea alla luce della vicenda Lexitor*, in *Giur. cost.*, 2022, n. 6, p. 2903 ss.; L.S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2021.

39 M. RUSCIANO, *Letture e riletture dell'art. 39 della Costituzione*, cit., p. 279.



La questione dell'attuazione legislativa dell'art. 39 Cost. non è più rinviabile⁴⁰; la tesi di D'Antona⁴¹ purtroppo, forse anche a causa della precisione delle norme dettate dalla norma costituzionale, non ha potuto trovare un seguito. Non resta altra via che la sua attuazione legislativa, una legge sulla rappresentanza che sia rispettosa della libertà sindacale, una vera legislazione di sostegno che stia dentro la logica costituzionale e che restituisca al sindacato il ruolo ad essi assegnato.

40 Cfr. S. BELLOMO, *Giusta retribuzione e contratto collettivo*, cit., p. 11 ss.

41 M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1998, n. 4, p. 665 ss.; cfr. anche C. PINELLI, *Dal Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 alla rilettura dell'art. 39 Cost.*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2014, n. 1, p. 147 ss.



RIFLESSIONI (IN “DIALOGO”) SUL CONTRATTO COLLETTIVO “DI PROSSIMITÀ”, MUOVENDO DALLA SENTENZA DELLA CONSULTA N. 52 DEL 2023 ^{1*}

Antonello Zoppoli

Professore ordinario nell’Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: L’Autore, prendendo le mosse dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 52/2023, ripercorre le traiettorie tracciate dalla dottrina in materia di contratto collettivo di prossimità (ex art. 8 della l. n. 148 del 2011), con specifico riferimento all’opera di Riccardo Del Punta. L’attenzione si concentra sul saggio del 2012 “Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)” che, pur risalente al periodo dell’introduzione della norma e, quindi, scritto in un contesto diverso da quello odierno, si conferma di estrema attualità. Il confronto con Del Punta, e in particolare lo “sforzo collettivo” da lui auspicato a sostegno del citato art. 8, conducono l’Autore a delineare un’eccezionalità anche temporale della norma, ipotizzandone, di conseguenza, la legittimità costituzionale, sia pur in via transitoria e limitando al livello nazionale il rilievo della rappresentatività sindacale.

Abstract [En]: The author, starting from the recent sentence of the Italian Constitutional Court No. 52/2023, retraces considerations of the doctrine on the subject of “proximity collective agreements” regulated by Article 8 of Law No. 148 of 2011, with specific reference to the work of Riccardo Del Punta. The focus is on the 2012 essay “Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)”, which, although dating back to the time of the introduction of the rule and, therefore, written in a different context from today, is extremely topical. The reading of Del Punta’s essay and, specifically, the “collective effort” he wishes for in supporting the already mentioned art. 8, lead the author to outline the nature of exceptionality of the norm at the temporal level as well, consequently hypothesizing its constitutional, although transitory, legitimacy and limiting the relevance of trade unions’ representativeness at the national level.

SOMMARIO: 1. Il motivo delle riflessioni. – 2. La legittimità costituzionale dell’art. 8 della l. n. 148 del 2011: un afflato *positivo* nella sentenza della Corte costituzionale n. 52/2023? – 3. Il contributo di Del Punta: contesto e tendenza verso il decentramento regolativo. – 4. (Segue) Il “criterio maggioritario” e l’art. 39 seconda parte Cost.: l’invito a uno “sforzo collettivo” a sostegno del contratto collettivo “di prossimità”. – 5. Il sindacato comparativamente più rappresentativo: un concetto sempre meno attuale. –

^{1*} Il saggio è destinato alla pubblicazione in W. CHIAROMONTE-M.L. VALLAURI (a cura di), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro*, Volume III, *Scritti per Riccardo del Punta*, Firenze University Press, Firenze, in corso di stampa.



6. (Segue) Il (possibile) rilievo del livello nazionale e l'illegittimità del livello territoriale. – 7. Materie e (soprattutto) finalità del contratto collettivo “di prossimità”: l'eccezionalità anche temporale dell'art. 8?

1. Il motivo delle riflessioni.

La recente sentenza della Corte costituzionale del 28 marzo 2023, n. 52, ha ridestato l'attenzione sul contratto collettivo “di prossimità”². All'indomani del suo ingresso nell'ordinamento – con l'art. 8 del d. l. del 13 agosto 2011 n. 138, conv. con l. 14 settembre 2011 n. 148³ – si sviluppò, come si ricorderà, un dibattito ricco e acceso, costellato di opinioni anche forti e contrapposte, che in buona parte ne contestavano già la legittimità costituzionale; dibattito poi via via scemato, benché mai esauritosi del tutto. Un percorso, d'altronde, simile alle concrete sorti della fattispecie: da *new entry* considerata di indiscutibile radicale impatto su molteplici piani, sì da essere addirittura “congelata” da chi più ne è risultato investita - l'autonomia collettiva -, negli anni successivi collocata sottotraccia, con una presenza tutt'oggi difficile da ben individuare⁴.

Ritornando alla sentenza della Corte costituzionale, si è detto che la Consulta ha perso l'occasione per «affrontare almeno un discorso chiarificatore» sulla sua legittimità⁵. Ad altri invece è parso che il giudice costituzionale non abbia scoraggiato la prassi negoziale (riferendosi alla «applicazione [...] seppure con un certo pudore» della norma), ed abbia fornito «qualche puntualizzazione ermeneutica»⁶.

Avevo da poco letto la sentenza quando ho preso tra le mani la vasta bibliografia di Riccardo Del Punta nell'accingermi ad assumere l'impegno di onorarne la memoria e l'occhio è caduto sul suo scritto *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, pubblicato in *Lavoro e diritto*⁷, che conoscevo e che, come tanti suoi intensi e stimolanti saggi, non avevo dimenticato. Ancora adesso non so esattamente dire le ragioni dell'accostamento di questo saggio e la pronuncia della Corte costituzionale: forse soprattutto una certa problematicità derivante da una lettura, tanto della Corte quanto di Del Punta, di taglio

2 La rivista *Diritto delle relazioni industriali*, nell'ultimo numero, 3 del 2023, ha dedicato al contratto “di prossimità” ben cinque contributi, ossia gli scritti di M. MAGNANI, *Ancora sulla contrattazione di prossimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, n. 3, p. 576 ss.; M. MENEGOTTO, *Contrattazione di prossimità: prime risultanze di una ricerca empirica*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, n. 3, p. 580 ss.; G. PIGLIALARMI, *La contrattazione di prossimità nella riflessione della dottrina giuslavoristica: una rassegna di questioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, n. 3, p. 606 ss.; G. BENINCASA, *L'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 tra orientamenti giurisprudenziali e prassi amministrativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, n. 3, p. 645 ss.; M. FERRARESI, *Si consolida la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 8 (note a margine di Corte costituzionale n. 52/2023)*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, n. 3, p. 677 ss. Ad essi si rinvia anche per i riferimenti bibliografici alla vasta precedente letteratura sull'argomento.

3 Da ora art. 8.

4 M. MENEGOTTO, *op. cit.*, p. 580 ss.

5 M. RUSCIANO, *L'incostituzionalità dell'art. 8 della legge 148 del 2011*, in *Dir. lav. merc.*, 2023, p. 134.

6 M. FERRARESI, *op. cit.*, pp. 679 e 686.

7 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 32 ss.



analitico-ricostruttivo, eppure, in entrambe, di più delicata decifrazione per ciò che riguarda la legittimità della norma: indubbiamente ermetica la sentenza della Corte, a favore con chiarezza ma non priva di sforzi lo scritto di Del Punta. Così, sono ritornato sul tema, con gli stimoli ravvivati dalla pronuncia della Consulta e provando a “dialogare” con Del Punta, sicuro di un confronto che, pur non potendo giovare delle ulteriori risposte dell’illustre interlocutore, dal suo pensiero avrebbe tratto preziose indicazioni.

2. La legittimità costituzionale dell’art. 8 della l. n. 148 del 2011: un afflato positivo nella sentenza della Corte costituzionale n. 52/2023?

Come si sa, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionalità dell’art. 8 in riferimento agli artt. 2 e 39, primo e quarto comma, Cost. perché l’ordinanza di rimessione, della Corte di Appello di Napoli, non «contiene una plausibile motivazione in ordine alla circostanza che nel giudizio principale si controverta proprio di un contratto collettivo aziendale di prossimità [...], dotato di quell’efficacia generale (erga omnes) prevista dalla disposizione censurata [...], e non già di un ordinario contratto aziendale, provvisto di efficacia solo tendenzialmente estesa a tutti i lavoratori in azienda, ma che non supera l’eventuale espresso dissenso di associazioni sindacali o lavoratori».

La Consulta giunge alla decisione di inammissibilità dopo un puntuale esame degli «specifici presupposti» dell’art. 8, norma di cui, sulla scia della sua precedente pronuncia del 4 ottobre 2012 n. 221, ribadisce il «carattere chiaramente eccezionale». Sul passaggio si tornerà, ora preme sottolineare come la Corte, condivisibilmente, fornisca una lettura assai compatta della norma, strettamente interrelata nei suoi necessari elementi in ragione di una ben definita disciplina. In questa tensione ricostruttiva sembra percepirsi un afflato *positivo*. Una prima conferma potrebbe rinvenirsi nella recente sentenza della Cassazione del 2 ottobre 2023, n. 27806, che, su un punto nodale, esclude dubbi di legittimità costituzionale⁸.

La Consulta prende le mosse dalla distinzione, non certo sorprendente, tra contratto collettivo “di prossimità” e contratto collettivo aziendale “ordinario”. L’accento cade opportunamente sull’efficacia del secondo «solo tendenzialmente estesa a tutti i lavoratori» in virtù del fondamento del sistema della contrattazione collettiva «su principi privatisti e sulla rappresentanza negoziale». Viene quindi eliminata ogni incertezza al riguardo - con l’esclusione dell’efficacia generale - sposando la tesi prevalente, ineccepibile nel suo radicamento nell’unico sostegno di diritto positivo (tanto) possibile (quanto inadeguato), il diritto privato, *rectius* il diritto dei contratti. Invero qui la Consulta - anche in questo seguendo un noto orientamento - «in ragione dell’esistenza di interessi collettivi della comunità di lavoro

⁸ In questa sentenza la Cassazione, ritenendo - sulla falsariga delle pronunce della Consulta - di carattere «eccezionale» l’art. 8 e necessari tutti i relativi «specifici presupposti», esclude: a) in primo luogo, la possibilità di sostituire la richiesta rappresentatività e il criterio decisionale maggioritario con la volontà direttamente espressa dai lavoratori; b) in secondo luogo - ed è quanto qui più interessa - possibili dubbi di legittimità costituzionale al riguardo, «rientrando [scrive la Cassazione] evidentemente nella discrezionalità del legislatore subordinare la deroga a disposizioni poste a protezione dei lavoratori - deroga efficace anche nei confronti di chi non aderisce alle organizzazioni sindacali stipulanti - ad un accordo che sia stipulato da associazioni dotate di adeguata rappresentatività».



nell'azienda, i quali richiedono una disciplina unitaria», dà rilievo al dissenso, in chiave impositiva dell'efficacia del contratto, e non al consenso, in chiave costitutiva e più sintonica all'impostazione privatistica.

Dopo questa convinta e (sostanzialmente) convincente premessa, la Corte passa a illustrare gli «specifici presupposti» del contratto collettivo “di prossimità”. Riguardo a ciascuno di essi sottolinea, da un lato, il rilievo nell'equilibrio della fattispecie, dall'altro, la carenza di motivazione nell'ordinanza della Corte d'Appello napoletana circa la sussistenza nel caso deciso.

Comincia con il criterio di selezione dei soggetti legittimati alla stipulazione, ossia la maggiore rappresentatività comparata (del tutto trascurato dal giudice remittente), di cui rimarca il carattere più selettivo rispetto al criterio della maggiore rappresentatività e a cui – precisa – il legislatore, negli anni, ha fatto sempre più spesso ricorso. Si richiama, in particolare, l'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che peraltro riferisce la misurazione della rappresentatività al solo piano nazionale, là dove l'art. 8 contempla anche il piano territoriale (il punto, non irrilevante, sarà ripreso).

La Corte passa quindi al criterio decisionale, cioè al criterio maggioritario. Opportunamente osserva come il legislatore solo per i contratti stipulati prima dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 abbia indicato la «votazione a maggioranza dei lavoratori» (art. 8, comma 3), per gli altri invece la sua concreta individuazione avviene «secondo scelte interpretative rimesse al giudice della controversia». Ed è interessante notare come precisi che la Corte d'Appello non abbia neppure preso in considerazione se il criterio in parola «possa, o non, significare che il legislatore abbia inteso richiamare il criterio ‘maggioritario’ adottato» nel menzionato Accordo interconfederale.

Infine la Consulta richiama l'attenzione sulle “finalità” perseguite dal contratto “di prossimità”, che, «solo se riconducibili a quelle tipizzate dall'art. 8, come espressive dell'interesse collettivo della comunità dei lavoratori in azienda, [ne] consentono l'identificabilità»; e, da ultimo, sulle relative “materie”, anch'esse necessariamente da ricomprendere nell'elencazione di cui al comma 2 dell'art. 8 (punti entrambi – precisa il giudice costituzionale – per nulla o poco considerati dalla Corte d'Appello).

3. Il contributo di Del Punta: contesto e tendenza verso il decentramento regolativo.

Del Punta scrive nel 2012, quindi in una fase storica sicuramente diversa dall'attuale. L'art. 8 ha visto la luce da un anno e più, lo scenario, però, non è sostanzialmente mutato. Egli inquadra la novità legislativa in un contesto segnato, per un verso, dai competitivi percorsi della globalizzazione, per altro verso da marcate difficoltà economico-finanziarie, con il nostro Paese afflitto da una bassa crescita economica e un endemico e pesante debito pubblico, quindi pressato dall'Unione europea; immancabilmente viene rammentata la famosa lettera della Banca centrale europea del 5 agosto 2011.

Dinanzi a tale sviluppo Del Punta vede con favore le possibili «basi di un decentramento forse strutturale del sistema di contrattazione» poste anzitutto dall'Accordo interconfederale del 2011⁹. A suo avviso, i processi di riorganizzazione delle imprese sono inarrestabili e,

⁹ R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 37.



pertanto, è opportuno «cercare di controllarli con un rilancio della dimensione aziendale della contrattazione»¹⁰. In questa logica, dell'Accordo del 2011 sottolinea la portata «storica, nella misura in cui potrebbe avviare un positivo processo di istituzionalizzazione delle relazioni sindacali italiane, tanto più importante in una stagione di debolezza strutturale del sindacato»¹¹; tant'è che – a parer suo – avrebbe meritato un'accoglienza più entusiasta¹². Considerazione, invero, pienamente condivisibile, tenendo presente il forte cambio di impostazione di quell'Accordo rispetto alla pluridecennale precedente esperienza sindacale italiana, come si avrà modo di rimarcare più avanti anche in queste pagine.

L'art. 8 – scrive Del Punta – interviene «a scompaginare le carte»: sostiene l'Accordo del 2011 per quanto concerne l'efficacia del contratto aziendale, ma, circa l'efficacia del contratto di livello territoriale e il regime delle deroghe peggiorative, entra «con la delicatezza di un elefante» nei delicati compromessi politico-sindacali all'Accordo sottesi¹³.

Ovviamente è piena la consapevolezza di Del Punta tanto delle potenzialità dell'art. 8 quanto della sua problematicità, anzitutto sul piano storico-sistematico e ordinamentale, o meglio pluriordinamentale. In merito alle seconde, Egli non va però oltre una critica, sia pur forte, di «inopportunità»¹⁴, in particolare per «l'impatto fortemente destrutturante sul sistema delle fonti» che può avere l'ampiezza delle materie demandate, con facoltà di deroga, alla contrattazione territoriale e aziendale¹⁵, nonché per la forzatura esercitata sulla contrattazione collettiva avviatasi - sottolinea Del Punta - già da sé verso una valorizzazione del livello decentrato.

4. (Segue) Il “criterio maggioritario” e l'art. 39 seconda parte Cost.: l'invito a uno “sforzo collettivo” a sostegno del contratto collettivo “di prossimità”.

Prima di passare a ragionare sul contributo di Del Punta con lo sguardo sul presente, è appena il caso di osservare come la fase odierna sia sensibilmente diversa da quella in cui Egli scriveva. Eventi assai rilevanti – vicenda pandemica e accadimenti bellici su tutti – hanno disegnato nuovi scenari, a livello tanto sovranazionale – *in primis* europeo – quanto interno, con conseguenze su ogni piano, politico, economico, sociale e via dicendo. Tuttavia – anche su questo non è il caso di spendere troppe parole – non sono pochi gli elementi che rendono la riflessione di Del Punta ancora attuale. A parte la situazione del nostro debito pubblico tuttora critica e le persistenti incerte prospettive circa l'andamento della nostra economia, la necessità di governare i processi produttivi e organizzativi in chiave fortemente competitiva – con la costante attenzione alle esigenze dei luoghi di produzione – e l'ineludibile istanza sociale di tutela del lavoro costituiscono, oggi come anni fa, elementi strutturali che rendono sempre assai forte l'esigenza di un'adeguata definizione del punto di equilibrio degli interessi in gioco; in particolare, per quanto concerne la cifra della norma lavoristica, ovvero la sua

10 *Ibidem*.

11 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 34

12 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 33.

13 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 34.

14 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 45.

15 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 46.



“inderogabilità”, rendono forte l’esigenza di un approccio problematico e dialogico. Va da sé che tutto ciò interessa ampiamente la contrattazione collettiva quale duttile risorsa normativa, nell’articolazione dei suoi vari livelli.

Dunque, ritornando alla riflessione di Del Punta, come prima accennavo anch’essa procede sostanzialmente attraverso un’analisi di quelli che la Consulta definisce «specifici presupposti» dell’art. 8. Ovviamente, a differenza della sentenza del giudice costituzionale, quest’analisi è costantemente accompagnata da considerazioni di vario genere, sempre di ampio respiro, nel merito delle questioni incontrate.

Il punto di partenza è lo stesso: l’efficacia soggettiva *erga omnes* del contratto collettivo aziendale. Del Punta non esita a considerare il risultato normativo raggiunto con l’art. 8 «ancor più ‘storico’, evidentemente, di quello realizzato dall’Accordo» (del giugno 2011), in quanto – precisa con vivace ed eloquente linguaggio – la norma «salta a piè pari i pur tanti, e variamente sofisticati, tentativi che la giurisprudenza, sulla scia di risalente dottrina, ha artigianalmente compiuto per generalizzare l’efficacia soggettiva del contratto aziendale»¹⁶. Tentativi, là dove non sostenuti dalla legge, tutti infrantisi sui principi privatistici, baluardo insormontabile del dissenso dei lavoratori¹⁷.

Coerentemente, ben consapevole del carattere sostanziale del problema, si sofferma quindi sul criterio decisionale per la stipulazione del contratto, il criterio maggioritario. Egli sposa l’ipotesi che la Consulta rimprovererà alla Corte d’Appello di Napoli di non aver considerato, ossia una «lettura integrativa e/o correttiva» della norma, che ponga riparo a «una delle non poche imperfezioni lessicali e sintattiche»¹⁸. Più precisamente, argomentando dal fatto che l’Accordo del 2011 riguarda non, in generale, l’operatività delle rappresentanze sindacali in azienda, già contemplata dalla legge e/o dall’Accordo del 20 dicembre 1993, bensì «quel particolare campo di operatività che è rappresentato dalla contrattazione di livello aziendale»¹⁹, Del Punta ritiene possibile riferire il richiamo all’Accordo del 2011, contenuto nell’art. 8, alle procedure negoziali di carattere maggioritario dallo stesso Accordo previste (o eventualmente da altri accordi prodotti dall’ordinamento intersindacale essendo quel richiamo – aggiunge Del Punta – esemplificativo).

Attraverso il rinvio formale all’ordinamento intersindacale prende così “corpo” il criterio maggioritario, che Del Punta definisce, ad un tempo, il «meno peggiore dei criteri di *social choice*» (parafrasando Churchill) e «condizione necessaria e sufficiente» per l’efficacia generale del contratto “di prossimità”²⁰. Dimodoché le procedure su base maggioritaria contemplate dagli accordi oggetto di quel rinvio potranno estendere il loro raggio di azione nei confronti di soggetti, singoli e collettivi, ai medesimi estranei. Stesso discorso sostanzialmente per i contratti aziendali stipulati da sindacati “esterni” all’azienda, ossia da associazione dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale,

16 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 39.

17 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 40.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 37 e 40.



nonostante la lettera dell'art. 8 riferisca il criterio maggioritario alle sole «predette rappresentanze sindacali».

Invero, più d'una possono essere le obiezioni al ragionamento descritto. Ad esempio, si potrebbe rilevare un certo andamento circolare, là dove riferire il richiamo contenuto nell'art. 8 all'Accordo del 2011 specificamente alle relative procedure a carattere maggioritario rende ripetitivo l'espressa indicazione dello stesso articolo al «criterio maggioritario»; oppure, alzando il tiro, si potrebbe osservare che l'esito del ragionamento finisce per sostenere un ordinamento intersindacale ancora in cerca della solidità di stagioni ormai trascorse (e anche su questo si tornerà). Ma non è su un terreno del genere che interessa proseguire il dialogo. Queste o altre argomentazioni simili andrebbero in sostanza a riempire quelle «scelte interpretative» a cui – come si ricorderà scrive la Consulta – l'art. 8 rimette l'identificazione del criterio maggioritario: e l'incertezza che senza dubbio presenta il dato normativo in parola dà spazio considerevole all'interprete. Piuttosto, del ragionamento di Del Punta qui preme sottolineare il suo cardine, ancorché affiancato da argomentazioni di carattere esegetico dell'art. 8.

Come espressamente afferma, Egli fa propria l'opinione di Giuseppe Pera sull'essenzialità del principio di maggioranza nell'art. 39 seconda parte Cost. e di Massimo D'Antona sul «nocciolo duro» della medesima norma²¹. In tal modo supera il problema – precisa – che a questo punto «la liturgia giuslavoristica vorrebbe che si affrontasse»²²: la compatibilità dell'art. 8 con la seconda parte dell'art. 39 Cost. In realtà, ipotizza anche un'altra soluzione, ben nota al dibattito, cioè l'applicazione dell'art. 39 seconda parte Cost. al solo contratto di categoria. Tuttavia, è Lui stesso a rimarcare «il maggior respiro» dell'argomentazione relativa alla «essenzialità costituzionale del criterio della maggioranza»²³, desumibile da quanto – come visto – ha osservato in proposito. Questo passaggio merita particolare attenzione.

Del Punta – si è ampiamente intuito – manifesta una certa insofferenza per la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8. Non lesina, al riguardo, affermazioni anche piuttosto forti. Dopo decenni di «consapevole ed enfaticata violazione» dell'art. 39 seconda parte Cost. (violata, sottolinea, «anche non recependola») nonché di suoi «reiterati aggiramenti», considera «paradossale» che «ci si ritrovi a mettere in dubbio la legittimità di un meccanismo normativo che per la prima volta prova a stabilizzare, limitatamente all'ambito aziendale, la tenuta della contrattazione collettiva»²⁴. E auspica il «massimo sforzo collettivo» per superare «lo scoglio di questo reperto di archeologia costituzionale»²⁵.

Questa insofferenza richiama alla memoria le più recenti affermazioni di chi rileva come la riflessione scientifica sull'art. 8 sia stata, per un verso, «sostanzialmente irretita dalle questioni di legittimità costituzionale» e, per altro verso, poco attenta a ricostruire «percorsi (o modelli di decisione) utili per la giurisprudenza»²⁶. Tuttavia, l'impressione è che l'insofferenza di Del

21 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 41, nota 17.

22 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 42.

23 *Ibidem*.

24 *Ibidem*.

25 *Ibidem*.

26 M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 579.



Punta attenga, non al contenuto della norma costituzionale, bensì alla sua paralizzante e ormai da tempo insostenibile inattuazione: in questi termini appare condivisibile; e nella stessa ottica appaiono condivisibili le successive più recenti considerazioni della dottrina riportata. Come già accennato l'ampia e (nell'economia della riflessione descritta) prevalente attenzione al criterio maggioritario, espressione della essenziale lettura dell'art. 39 Cost. seguita, appare assai eloquente circa il pensiero di Del Punta. D'altronde, uno studioso che ha fatto dell'attenzione a valori e metodo una propria cifra²⁷ non poteva trascurare un'istanza costituzionale fondamentale, sul piano assiologico e sistematico, in merito al fenomeno sindacale.

Sicché, più della sua insofferenza, ciò che a me ha colpito – e di cui *in primis* qui proverò a far tesoro – è rimasto il suo auspicio per uno «sforzo collettivo» a sostegno dell'art. 8, al fine di evitare lo scoglio dell'art. 39 seconda parte Cost. Un'esigenza concreta e comprensibile, come quella manifestata dalla più recente menzionata dottrina che invita a concentrarsi sul piano applicativo dell'art. 8. Se ben intendo: il bisogno di regole sindacali è ormai improcrastinabile, valorizziamo ciò che abbiamo.

Il pensiero torna alla sentenza della Consulta, inducendo a chiedersi quanto di questo sforzo ci sia tra le sue righe.

Assumendo tale visuale, l'impegno di Del Punta a – si badi – non aggirare bensì a rispettare l'art. 39 seconda parte Cost., nella sua *essenza*, con la valorizzazione del «criterio maggioritario», costituisce senza dubbio una possibilità. Sicuramente più interessante della sottrazione del contratto aziendale all'ambito di applicazione della norma costituzionale²⁸. Ma siamo solo alle prime “spine” dell'art. 8.

5. Il sindacato comparativamente più rappresentativo: un concetto sempre meno attuale.

A differenza della sentenza della Corte costituzionale Del Punta non dedica attenzione al criterio selettivo dei soggetti legittimati alla stipula dei contratti “di prossimità”, la maggiore rappresentatività comparata sul piano nazionale o territoriale²⁹. La ragione potrebbe stare nel fatto che Egli guarda con favore al livello decentrato e dedica assorbente attenzione al criterio decisionale della maggioranza, dirimente ai fini della solidità della decisione secondo la lettura essenziale dell'art. 39 seconda parte Cost. da Lui condivisa. Così si sofferma sulla declinazione del criterio maggioritario a livello anzitutto aziendale e poi nazionale e territoriale. V'è però da dire che la rappresentatività comparata assume rilievo su due altri piani, logicamente precedenti rispetto al criterio maggioritario di decisione. Piani da tener presenti pure perché la veste di soggetto referente della rappresentanza sindacale aziendale attribuita dall'art. 8 al sindacato comparativamente più rappresentativo (attraverso l'inappropriato aggettivo

27 D'obbligo ricordare qui almeno R. DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, Firenze, 2022 e R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 37 ss.

28 V. *amplius* A. ZOPPOLI, *Il declino dell'inderogabilità*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, p. 87.

29 Il criterio assume inevitabilmente rilievo anche nella sia pur non consistente giurisprudenza di merito: v. G. BENINCASA, *op. cit.*, p. 648; la quale, però, al contempo nota come ad esso «non corrisponda normalmente una effettiva analisi comparativa della rappresentatività».



possessivo “loro”) è in sostanza inconferente giacché la costituzione di dette rappresentanze è altrove prevista e disciplinata e avviene secondo criteri che, con la rappresentatività comparata, non hanno nulla da vedere (tanto per le r.s.a quanto per le r.s.u.); profilo, questo, ben presente a Del Punta, come si ricorderà.

Il primo piano riguarda l’ipotesi in cui sia il sindacato comparativamente più rappresentativo a livello nazionale o territoriale (quale soggetto quindi “esterno” all’azienda) a stipulare il contratto ed attiene alle difficoltà concernenti la sua individuazione. Andando al nocciolo della questione, non si può non ritornare, sia pur velocemente, su vicende note. Sappiamo bene che il sindacato comparativamente più rappresentativo - come il suo antecedente storico, il sindacato maggiormente rappresentativo, sostituito perché sulla carta meno selettivo - appartiene al sistema sindacale di fatto, dalla cui tenuta dipende: è proprio di una tecnica normativa radicata nell’effettività. Come tale ha scarsa familiarità con maggioranze e minoranze *misurate e verificate*, in particolare in relazione – non a contratti (o a soggetti) di cui si vorrebbe che pesasse la consistenza rappresentativa ma – alla platea dei lavoratori interessati: ha cioè scarsa familiarità con l’impostazione seguita dall’Accordo interconfederale del 2011, come dal successivo del 2013, che segnano il passaggio dall’“unità di azione”, radicata nell’effettività, propria dell’ordinamento intersindacale affermatosi negli anni ‘60/’70, all’“unità procedurale”, a cui la cd. vicenda Fiat nel 2009 ha dato ingresso³⁰, con esiti ordinamentali peraltro tutt’oggi nient’affatto consolidati. Questi mutamenti hanno trovato ulteriore linfa nel progressivo indebolimento della rappresentanza datoriale, che ormai ampiamente conosciamo. Sicché, molto eloquentemente, rimarcando anche la mancanza di «ogni riferimento oggettivo entro il quale verificare la rappresentatività datoriale e sindacale», di recente si è scritto, a proposito del sindacato comparativamente più rappresentativo, «una formula oscura, tautologica e sostanzialmente priva di normatività», diventata «inservibile nell’affollamento di sigle sindacali rappresentative e di contratti collettivi nazionali»³¹. E con questo siamo alla piena attualità. D’obbligo un cenno alla questione oggi al centro della generale attenzione, punta dell’iceberg velocemente descritto, il salario minimo legale; due considerazioni per tutte: 1) le recenti sentenze della Cassazione del 2 ottobre 2023, nn. 27711, 27713, 27769, e del 10 ottobre 2023, nn. 28320, 28321 e 28323,

30 Cfr. A. ZOPPOLI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale: il paradosso dei servizi essenziali tra sistema ‘di fatto’, istanze di moderna democrazia e bilanciamento dei diritti*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 1154.

31 S. CIUCCIOVINO, *Salario minimo, salario dignitoso, salario giusto: temi per un dibattito sul futuro della contrattazione collettiva*, in *federalismi.it*, 2023, n. 26, viii, che riprende, quindi, il noto dato dei «contratti collettivi nazionali censiti nell’Archivio della contrattazione collettiva tenuto dal CNEL, che ha raggiunto la ragguardevole cifra al 1° settembre 2023 di n. 997 CCNL soltanto nel comparto privato. Un dato oggettivo [prosegue l’Autrice] che non può essere sottovalutato notando che la maggioranza dei lavoratori italiani è attualmente coperta dai contratti maggiori, perché il dato di copertura è fino ad oggi desunto dalle dichiarazioni che i datori di lavoro stessi fanno all’INPS in mancanza di una norma prescrittiva che imponga la dichiarazione del contratto effettivamente applicato, al di là del rispetto minimale contributivo». Al riguardo, per considerazioni analoghe, pure secondo altre diverse prospettive, v. M. BARBIERI, *Il salario minimo tra discussione politica e giurisprudenza*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, n. 3, p. 5; T. TREU, *Ancora sul salario minimo*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, n. 3, p. 8 ss.; L. ZOPPOLI, *Il salario minimo legale: un vecchio nodo che viene al pettine in modo sbagliato*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, n. 3, p. 3.



nell'affermare il potere del giudice di sindacare a tutto tondo le previsioni della contrattazione collettiva in materia di retribuzione *ex art. 36 Cost.*, attestano la «crisi di credibilità della contrattazione come autorità salariale»³² e, ancora una volta, l'estrema debolezza del sistema sindacale basato sull'effettività; 2) il documento "Osservazioni e Proposte sul Salario minimo in Italia", approvato dal Cnel il 12 ottobre 2023, frutto, per la prima volta, di una decisione a maggioranza, ha visto le storiche grandi confederazioni dei lavoratori nuovamente non unite (con la sola Cisl favorevole).

Ritornando all'art. 8, siamo sul piano non della legittimità bensì dell'opportunità. Occorre guardarsi da affrettati riferimenti a presunti suoi accostamenti con le virtuose dinamiche dell'ordinamento intersindacale. Piuttosto, v'è da (continuare a) domandarsi se giovi persistere nella rincorsa a formule assai segnate dal tempo, come il sindacato comparativamente più rappresentativo: quanto tali formule sono funzionali alla solidità e affidabilità della contrattazione e, con essa, delle dinamiche sociali ed economiche?

6. (Segue) Il (possibile) rilievo del livello nazionale e l'illegittimità del livello territoriale.

L'altro piano su cui assume rilievo il sindacato comparativamente più rappresentativo è la struttura della contrattazione collettiva e il rapporto tra i suoi diversi livelli.

Al riguardo si è già detto come Del Punta valuti inopportuna l'invasione di campo del legislatore e negativo l'impatto destrutturante dell'ampio potere derogatorio attribuito al contratto "di prossimità" dinanzi a scelte delle parti sociali di apertura alla sede decentrata. Al contempo esclude problemi di legittimità costituzionale per un possibile *vulnus* arrecato alla contrattazione collettiva inteso quale strumento normativo di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale *ex art. 3 Cost.*: li esclude riconducendo il contratto collettivo di secondo livello - dal carattere «notevolmente dinamico» - all'autonomia collettiva, alla stessa stregua del contratto nazionale³³.

L'identità di natura degli accordi di diverso livello trova conforto, come noto, anche nella giurisprudenza prevalente. L'argomentazione, in verità, potrebbe risultare interessante per quanto concerne i dubbi di legittimità costituzionale sollevati nel dibattito in riferimento all'art. 39 c. 1 Cost.: segnatamente in merito ai possibili condizionamenti dell'art. 8 sulle scelte delle organizzazioni sindacali concernenti la struttura della contrattazione collettiva, con pregiudizio della loro libertà. Potrebbe risultare interessante perché l'equiparazione di natura tra gli accordi in questione, entrambi nella disponibilità del soggetto sindacale - libero quindi di scegliere tra l'uno o l'altro -, potrebbe rendere irrilevante il peculiare regime attribuito al livello decentrato. Nella stessa logica l'argomentazione, senza stressarla oltre misura, sarebbe forse adoperabile anche per sostenere il potere derogatorio rispetto alla norma di legge.

Riguardo all'eguaglianza sostanziale, l'argomentazione di Del Punta, invece, sembra più debole. Ponendosi nell'ottica della funzione normativa del contratto collettivo, il livello decentrato, aziendale o territoriale che sia, appare privo del respiro sufficiente per operare una ragionevole modulazione delle regole in relazione alle differenti realtà da disciplinare

32 T. TREU, *op. cit.*, p. 12.

33 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., pp. 46-47.



(professionali, organizzative, merceologiche, ambientali) si da escludere dubbi di legittimità costituzionale.

A ben vedere il discorso è anche più ampio.

Assume rilievo il livello confederale-nazionale, volano, sul piano storico, della statura macroeconomica e della conseguente affidabilità del soggetto sindacale, l'una e l'altra tessuto della sua veste istituzionale. Difficile contestare che esso trovi riscontro nel riferimento al contratto collettivo di categoria contemplato dall'art. 39 seconda parte Cost., che, prima di quanto ha poi mostrato la concreta esperienza, intendeva riconoscere anzitutto il livello più alto dell'azione sindacale. Prospettiva, questa, rinvigorita dall'art. 117 lett. m) Cost. come riscritto nel 2001, che rimette al legislatore nazionale la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» al fine della loro garanzia «su tutto il territorio nazionale». Indicazione ovviamente non trascurata da Del Punta, bensì superata con le stesse descritte argomentazioni adoperate per escludere la violazione dell'art. 3 Cost., ossia l'identità di natura tra contratto collettivo nazionale e contratto collettivo aziendale. Anche in questo caso, tuttavia, tali argomentazioni non convincono, risultando incolmabile la distanza strutturale esistente tra la dimensione nazionale e la "prossimità" (aziendale o territoriale) del contratto di cui all'art. 8.

Piuttosto, nell'ottica di uno sforzo propositivo, si potrebbe ipotizzare una valorizzazione di quello che nell'art. 8 è il livello di misurazione della maggiore rappresentatività comparata, cioè del livello nazionale: riponendo su di esso quanto sin qui espresso dal livello nazionale della contrattazione. Il che passa attraverso, in primo luogo, un'illegittimità della titolarità a stipulare il contratto "di prossimità" in capo al sindacato comparativamente più rappresentativo a livello territoriale; in secondo luogo, un'apertura di credito nei confronti del carattere nazionale del giudizio di maggiore rappresentatività comparata, cui verrebbe rimessa la garanzia di adeguate responsabilità e affidabilità del soggetto sindacale. Se ci si accontenta di tale garanzia, possono perdere peso i dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 3. Cost.; sebbene non risulti facile tacere quanto osservato nel paragrafo precedente.

7. Materie e (soprattutto) finalità del contratto collettivo "di prossimità": l'eccezionalità anche temporale dell'art. 8?

Come la Corte costituzionale anche Del Punta si sofferma, da ultimo, su finalità e materie del contratto "di prossimità". Sulle seconde, in realtà, ritorna perché – si rammenterà – si è già espresso criticamente per quanto concerne l'ampiezza del relativo elenco. Ed è proprio in quest'ottica che, evidentemente, vi ritorna, dedicandovi un certo spazio. Infatti, se la Consulta sottolinea il carattere tassativo di quell'elenco, Del Punta si propone di delimitarne gli ambiti all'insegna della ragionevolezza nonché del rispetto della normativa costituzionale e sovranazionale³⁴. Impostazione certamente condivisibile, al di là di questa o quella osservazione inerente ai diversi profili su cui l'analisi si dipana, osservazioni tutte meritevoli di attenzione - alcune inevitabilmente oggi da coordinare con i successivi sviluppi legislativi e il relativo coinvolgimento in generale della contrattazione collettiva (ad esempio per quanto

34 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 48.



concerne mutamento di mansioni e contratti a termine) – ma che aprono la visuale su una dilatazione o una restrizione del campo di operatività della norma in ogni caso non in discussione: su di esse, quindi, nell’economia di questo scritto, non interessa addentrarsi.

Preme soffermarsi invece sulle “finalità” dell’art. 8, altro “presupposto” decisamente valorizzato dalla Consulta come dalla giurisprudenza di merito e dalla prassi amministrativa³⁵.

In proposito Del Punta ritiene poco realistico o fattibile l’ipotesi che un giudice vada oltre l’esame formale. Le valutazioni del giudice dovrebbero comunque «essere *ex ante*» perché la norma - a suo avviso - non toccherebbe l’effettiva realizzazione delle finalità dichiarate³⁶.

L’opinione lascia perplessi per almeno due ragioni intrecciate. 1) La norma finalizza, espressamente, il contratto “di prossimità” a determinati obiettivi; l’inedita correlazione potere-finalità (non rinvenibile - come sappiamo - nei precedenti rinvii legislativi alla contrattazione) è fuori discussione: sostiene le “eccezionali” prerogative dell’efficacia *erga omnes* e della deroga alla legge connotando l’equilibrio strutturale della norma. 2) Per quanto possano aversi dubbi sulla fattibilità della valutazione della sussistenza delle finalità, questo loro rilievo normativo obbliga l’interprete a esplorare tutte le vie possibili per assicurarne il rispetto: ebbene, un giudizio almeno in termini di verosimiglianza appare sostenibile. Né lo si può escludere argomentando – come pure taluni hanno fatto – dal presunto carattere generico delle finalità, che potrebbe, più semplicemente, tanto inibire quanto stimolare la valutazione.

Dunque, risulta difficile nutrire dubbi sulla necessità di un’adeguata e sostanziale motivazione in merito (almeno) alla verosimiglianza degli obiettivi di volta in volta perseguiti dai contratti “di prossimità” secondo lo schema giuridico di quello che appare come un potere “funzionalizzato”. Novità non sminuita neppure dalla considerazione secondo la quale si tratterebbe delle classiche finalità perseguite dalla contrattazione collettiva: per quanto possa essere vero, le finalità assumono ora altra veste giuridica, giacché la loro espressa previsione apre le porte ad una valutazione “esterna” circa la relativa sussistenza. Valutazione “terza” inevitabile, sia pure nei termini prima detti, che appare difficile da conciliare con il rispetto delle autonome dinamiche sindacali, ossia con la libertà sindacale.

Vero è che sono le stesse parte sociali a decidere di sottoporsi alla valutazione “esterna” nel momento in cui optano per il contratto “di prossimità”: come dire, *ubi commoda ibi incommoda*. Tuttavia, non si può dimenticare che la dialettica libertà/autorità, autonomia/eteronomia, il Costituente l’ha tenuta ben presente - come sappiamo - sistemandola nel raccordo tra il primo e i successivi commi dell’art. 39 della Costituzione. Non è qui il caso di tornare sulle ben note perplessità circa la loro interna contraddizione, se non per ribadire, da parte di chi scrive, il dissenso al riguardo e il favore per l’attuazione piena del dettato costituzionale, preferibilmente proprio in una logica che combini autonomia ed eteronomia (a cominciare dal principale profilo oggetto di quelle perplessità, ossia la determinazione della categoria contrattuale). In breve, il prezzo che la libertà sindacale può e deve pagare per acquisire

35 Cfr. G. BENINCASA, *op. cit.*, p. 652 ss., p. 673, che in particolare sottolinea come più di una sentenza ritenga «necessario che sia identificabile un nesso eziologico fra la finalità, prevista dalle legge, e la deroga che si intende attuare mediante il ricorso alla contrattazione di prossimità» (p. 655).

36 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 47.



particolari prerogative, secondo i Padri costituenti, non ha a che vedere con un controllo sulle finalità dell'azione sindacale.

Sicché, il maggior sforzo che si può compiere, raccogliendo il comprensibile auspicio di Del Punta e cercando di non gettare il bambino con l'acqua sporca, nella consapevolezza tanto della necessità di regole sindacali quanto della difficoltà di giungervi attraverso percorsi del tutto convincenti, è di dare un ulteriore e più impegnativo senso al carattere "eccezionale" dell'art. 8 rispetto a quello sottolineato dalla Corte costituzionale. Lo si potrebbe fare chiamando in gioco l'elemento temporale, già utilizzato dalla stessa Corte nella ben nota sentenza del 19 dicembre 1962 n. 106, proprio per superare un problema di legittimità costituzionale *ex art. 39* seconda parte Cost, precisamente in relazione alle leggi 14 luglio 1959 n. 741 e 1 ottobre 1960 n. 1027. In quella circostanza la Corte intese l'"eccezionalità" come "transitorietà" della disciplina, che ne escludeva anche la "reiterazione", nel presupposto della "imminente attuazione" dell'art. 39 seconda parte Cost. Nello stesso significato andrebbe intesa, oggi, in relazione all'art. 8, sempre in attesa dell'attuazione della norma costituzionale. Il lettore sicuramente domanderà: ancora oggi, a distanza di oltre sessant'anni? Con tanta buona volontà, nello sforzo per la «tenuta della contrattazione collettiva» (per dirla ancora con Del Punta³⁷) e considerando anche i molti anni in cui a quella attuazione ha supplito altro, si potrebbe ipotizzare una risposta positiva: una nuova "transitorietà", accompagnata da un perentorio monito della Consulta, in un'auspicabile futuro giudizio di legittimità costituzionale che, entrando nel merito della questione, salvasse l'art. 8 – nei limiti prima detti³⁸ – ponendo, di fatto, un limite temporale alla sua vigenza, oggi non rinvenibile.

37 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione*, cit., p. 42.

38 Ossia, non per quanto concerne la legittimazione negoziale al sindacato comparativamente più rappresentativo a livello territoriale.



SINDACATO, CONTRATTO E CONFLITTO¹

Gaetano Zilio Grandi

Ordinario di diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia

Abstract [It]: l'Autore propone, nel ricordo di Giuseppe Santoro-Passarelli, una breve disamina di due questioni problematiche centrali nel dibattito sulle relazioni industriali: la rappresentatività datoriale e la contrattazione aziendale.

Abstract [En]: *The Author, in remembrance of Giuseppe Santoro-Passarelli, offers a brief analysis of two problematic issues which are crucial in the debate on industrial relations: employers representativeness and bargaining at company level.*

Sommario: **1.** La rappresentanza datoriale come oggetto misconosciuto di attenzione scientifica. - **2.** Questione sindacale e contratti separati. Un inedito sistema concorrenziale. - **3.** Il problema della misurazione del consenso. - **4.** Lo spazio della contrattazione aziendale.

1. La rappresentanza datoriale come oggetto misconosciuto di attenzione scientifica.

Buona parte degli studiosi del diritto del lavoro si sono occupati della rappresentanza sindacale dei lavoratori. Pochissimi, tuttavia, si sono occupati della rappresentanza datoriale, ciò di cui ci avvisava già Umberto Romagnoli in alcuni noti scritti².

È come se ci fosse stato un tabù in virtù quale solo Confindustria esista o possa godere di considerazione. La realtà è ben diversa, soprattutto oggi che questa considerazione si atteggia come un enorme problema.

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.

² U. ROMAGNOLI, *Riprogettare la rappresentatività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 248; ma v. anche U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 2001.



Alcuni dei colleghi e dei giovani studiosi che se ne sono occupati recentemente³ hanno, secondo me, colto nel segno, rilevando che mancano dati precisi dei tavoli contrattuali, con particolare riguardo al lato della rappresentanza datoriale⁴.

La dottrina, nel suo complesso, non ha profuso grandissimi sforzi in questo ambito.

2. Questione sindacale e contratti separati. Un inedito sistema concorrenziale.

L'unica questione oggi considerata fondamentale è invero quella del *dumping* contrattuale, collegata al tema dei "contratti pirata"⁵. Occorre ammettere, però, che se sono pirati gli uni (dal lato dei lavoratori, ad es. Ugl), sono pirati anche gli altri: non è solo una nave che sperona, è anche l'altra che si fa speronare.

Al di là della metafora i contratti si fanno "in due" e spesso sul versante lavorativo si trovano anche le grandi confederazioni, di regola insospettabili, non sindacati autonomi a dir poco minoritari.

Da questo punto di vista ho letto alcuni passaggi di uno scritto di Marco Marazza del 2018⁶ che ad un certo punto tratteggia, secondo me in modo ironico e puntuale, la questione di fondo: a seguito della crisi della rappresentatività – spesso letta solo nella prospettiva "dei lavoratori" – esistono talora scandalose "coppie di fatto" sindacali (relazionali e contrattuali, nella negoziazione e quindi nei contratti collettivi), su cui il nostro sistema giuridico non può fare molto, perché essendo il dibattito rimasto ancorato all'alternativa della possibilità o impossibilità dell'intervento eteronomo.

Ebbene, una legge sulla rappresentanza dovrebbe comunque valere anche per i datori di lavoro⁷, a meno che non si torni a discutere sul fatto che essi siano coperti dall'art. 41 e non dall'art. 39 Cost.⁸.

3 Cfr. A. MARCIANÒ, *L'associazionismo imprenditoriale nel moderno sistema di relazioni industriali*, Giappichelli, Torino, 2017; e V. PAPA, *Attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, Giappichelli, Torino, 2017.

4 Ricordo in proposito come Luigi Montuschi detestasse l'espressione "datoriale", in luogo di imprenditoriale, ma tant'è.

5 V. il bel seminario Adapt, *Le funzioni del contratto collettivo, Salari produttività, mercato del lavoro*, 1 e 2 dicembre 2022, Roma, cui è seguita la pubblicazione V. BAVARO-M.C. CATAUDELLA-A. LASSANDARI-L. LAZZERONI-M. TIRABOSCHI-G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La funzione del contratto collettivo Salari, produttività, mercato del lavoro*, Adapt University Press, Bergamo, 2023.

6 M. MARAZZA, *Perimetri e rappresentanze sindacali (dei datori di lavoro e dei lavoratori)*, in *Lab. law. iss.*, vol. 4, n. 2, 2018.

7 Sul punto si vedano le riflessioni di M. MAGNANI, *Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale*, in *Lav. dir. eur.*, n. 4, 2021, nonché S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. dir.*, 2020, spec. pp. 202-3.

8 Nell'ampia bibliografia in materia A. BAYLOS GRAU-L. ZOPPOLI (a cura di), *La libertà sindacale nel mondo: nuovi profili e vecchi problemi. In memoria di Giulio Regeni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; ma già



In proposito va ricordata la c.d. tesi asimmetrica, in virtù della quale il fondamento giuridico della libertà sindacale dei datori di lavoro si ricaverebbe dal combinato disposto degli articoli 18, c. 1 e 41 della Costituzione, così che le attività associative dei datori di lavoro non sarebbero altro che una modalità di estrinsecazione della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost.⁹.

Vi è poi da dire che storicamente il sindacalismo dei datori di lavoro costituisce un "sindacalismo di risposta", ricondotto dunque alla previsione di cui all'art. 18 Cost., che tutela appunto il diritto di associazione per il perseguimento di lecite finalità. Per i datori di lavoro non si pone un problema di tutela di una parte economicamente "debole" bensì l'esigenza di dotarsi di organizzazioni che, strutturate "a specchio" con le associazioni sindacali dei lavoratori, specie a livello territoriale, possano rappresentare un interlocutore in grado di sintetizzare gli interessi imprenditoriali e svolgere attività di contrattazione.

Per altro verso il sindacalismo datoriale, a differenza del sindacato dei lavoratori, si organizza prevalentemente per settori produttivi, anche se da un punto di vista organizzativo si possono rilevare analoghe strutture verticali e orizzontali.

3. Il problema della misurazione del consenso.

Ci sono però certamente, per le organizzazioni sindacali, su entrambi i versanti, i problemi fattuali, della realtà, della effettività. Il problema principale resta la misurazione del consenso: il meccanismo che assicura la conta delle deleghe è ancora troppo farraginoso e comunque ancora non in piena funzione. A valle di ciò, resta in piedi così la difficoltà di contare, anche quantitativamente, le diverse forme di rappresentanza.

I protagonisti di sempre del palcoscenico delle relazioni sindacali (CGIL, CISL e UIL) non hanno alcuna intenzione di far salire altri. La questione va a incrociare i contratti collettivi e la loro efficacia e ancor di più i cosiddetti contratti pirata, che sotto il profilo del principio della libertà sindacale, da intendersi in senso simmetrico, sono pienamente legittimi.

In tale contesto regolativo e fundamentalmente "concorrenziale" la crisi economica ha notevolmente accentuato le criticità. L'attuale fase può essere considerata come una fase tipicamente difensiva da parte delle organizzazioni di rappresentanza, sia sindacali sia

l'indimenticabile G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1988, p. 205; e ancora L. LANZALACO, *Le associazioni imprenditoriali*, in G. CELLA-T. TREU (a cura di), *Le nuove relazioni industriali. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, il Mulino, Bologna, 1988, p. 157; e, dal punto di vista sociologico, P. FELTRIN-S. ZAN, *Imprese e rappresentanza. Ruolo e funzioni delle associazioni imprenditoriali*, Carocci, Roma, 2015, p. 68 ss.

⁹ La tesi dell'associazionismo datoriale come *second best solution* è ascrivibile agli studiosi neocorporativisti P.C. SCHMITTER-W. STREECK, *The Organization of Business Interests: Studying the Associative Action of Business in Advanced Industrial Societies*, MPIfG Discussion Paper, (99/1), 1999.

datoriali, a fronte di un Governo che sembrerebbe intenzionato ad occuparsi legislativamente di questi temi o di alcuni di essi.

Secondo alcune voci si starebbe “aspettando Godot”¹⁰, nel senso di attendere troppo passivamente il legislatore, pur nella consapevolezza che non sarà una legge a risolvere i problemi del nostro diritto sindacale.

Del resto, il sistema contrattuale ha trovato altri equilibri e, ad un certo punto, ha imboccato la “via d’uscita” del livello decentrato¹¹. In effetti oggi è possibile e forse doveroso sostenere che la contrattazione collettiva aziendale o territoriale può svolgere un ruolo di maggiore ed effettiva risposta sia in una fase di crisi sia, al contrario, in un periodo di crescita dell’impresa e del sistema economico.

4. Lo spazio della contrattazione aziendale.

La critica di Pino Santoro Passarelli nei confronti dell’art. 8 D.L. n. 138/2011, del resto, non si accompagnava a chiusure nei confronti della contrattazione aziendale¹².

Nella contrattazione aziendale i datori di lavoro, pur agendo in modo individuale, non risultano sostenuti da organismi rappresentativi. Di contro, le organizzazioni sindacali possono “giocare” con lo strumento dei contratti pirata ed emergono necessariamente questioni interpretative in sede giudiziaria.

La vera questione, sulla quale i giuristi e gli studiosi delle relazioni industriali debbono sempre più impegnarsi, è oggi lo studio dei “dati” della contrattazione collettiva, specie quella aziendale, in una società oramai centrata sulla loro gestione e diffusione.

Si può, in questo senso, ricordare Lauralba Bellardi che aveva, in anticipo¹³, capito che quello era il vero *vulnus*. Perché senza conoscere a fondo il sistema della contrattazione collettiva, non si potrà neppure agire efficacemente su di esso.

10 M. RICCI, *Aspettando Godot: la legge sulla rappresentatività sindacale e sulla contrattazione collettiva*, in *Lav. dir. eur.*, n. 3, 2022.

11 L. ZOPPOLI, *Pino Santoro e il “sistema del diritto sindacale italiano: alla ricerca di (nuovi) baricentri e (nuove?) funzioni*, in *AmbienteDiritto.it - Editore Tortorici*, 2023.

12 Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.it*, 2015, n. 254, pp. 1 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con mod. l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 1224 e ss.

13 L. BELLARDI, *Sindacati e contrattazione collettiva in Italia nel 1976-77*, Franco Angeli, Milano, 1975; L. BELLARDI-L. BORDOGNA, *Relazioni industriali e contrattazione aziendale. Continuità e riforma nell’esperienza italiana recente*, Franco Angeli, Milano, 1997.



SULLE MISURE DI TUTELA DEI LAVORATORI PER EMERGENZA CLIMATICA*

Stefano Cairoli

Professore associato di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Perugia

Abstract [It]: L'emanazione del d.l. n. 98/2023, conv. mod. l. n. 127/2023, che introduce misure previdenziali eccezionali per i settori dell'edilizia e dell'agricoltura connesse all'aumento record di calore atmosferico, offre all'Autore l'occasione di soffermarsi criticamente sullo stato dell'arte del regime giuridico generale di tutele contro l'emergenza climatica e in specie contro le elevate temperature. L'indagine è affrontata tanto dal punto di vista della sicurezza sul lavoro rispetto al rischio microclima ed alla protezione del benessere termico, quanto in ambito previdenziale, evidenziando la possibile emersione di una nuova (categoria) causale per l'accesso all'integrazione salariale ordinaria, e sono analizzate le interazioni tra i due profili. I nuovi presupposti individuati conducono a riflessioni sulla (assenza di) ragionevolezza dell'esclusione di alcuni lavoratori dalle tutele contro le variazioni climatiche.

Abstract [En]: The issuing of the legislative decree n. 98/2023-L. n. 127/2023, which introduces exceptional social security measures for the construction and agriculture sectors connected to the record increase in atmospheric heat, offers the Author the opportunity to critically focus on the state of art of the general legislation on the protection against the climate emergency, and in particular against high temperatures. The investigation is addressed both from the point of view of safety at work with respect to microclimate risk and the protection of thermal well-being, as well as in the social security field, highlighting the possible emergence of a new (category) causal for access to ordinary salary integration, analyzing the interactions between the two profiles. The new identified assumptions lead to reflections on the (lack of) reasonableness about the exclusion of some workers from the protection against climate change.

SOMMARIO: 1. Contenuto e tratti di innovazione delle misure urgenti in materia di tutela dei lavoratori in caso di emergenza climatica (d.l. n. 98/2023, conv. mod. l. n. 127/2023): premessa allo studio. - 2. La tutela della salute dei lavoratori quale presupposto giuridico dell'intervento legislativo e la disciplina prevenzionistica sul fattore di rischio microclimatico da calore. - 3. Sul progressivo riconoscimento di rilevanza giuridica alle condizioni metereologiche. L'adattamento della prassi. - 4. Il rapporto tra utilizzo delle misure di sicurezza e dispositivi di protezione e il trattamento di integrazione salariale per temperature elevate. - 5. La presenza di rischi o pericoli per la sicurezza e la salute dei lavoratori derivanti da alte temperature quale nuova causale per l'integrazione salariale ordinaria. - 6. Critica sulla natura eccezionale e temporanea delle previsioni: il cambiamento climatico quale presupposto delle



misure previdenziali eccezionali. - 7. Sulla necessità di una più chiara identificazione delle soglie di intervento e sull'importanza di linee guida elaborate di concerto con le parti sociali. - 8. Le irragionevoli esclusioni di tutela per gli operai agricoli a tempo determinato. - 9. L'assenza di previsioni per il lavoro autonomo e le problematiche specifiche per i *rider*. - 10. Conclusioni.

1. Contenuto e tratti di innovazione delle misure urgenti in materia di tutela dei lavoratori in caso di emergenza climatica (d.l. n. 98/2023, conv. mod. l. n. 127/2023): premessa allo studio.

Entro il generale contesto di acquisizione di rilevanza giuridica del cambiamento climatico, ogni giorno più allarmante secondo autorevoli climatologi¹, tuttora in corso di consolidamento sulla base delle acquisizioni del sapere scientifico², si è inserito di recente il legislatore italiano anche in ambito giuslavoristico, mediante il d.l. n. 98/2023, conv. mod. n. 127/2023.

Si può subito premettere che, a dispetto della rubrica altisonante dell'intervento legislativo, in concreto si tratta di misure che, anche per l'urgenza, non investono in forma organica l'intera tematica del rapporto tra tutela dell'ambiente e diritto del lavoro³, e neppure esauriscono come si vedrà le problematiche inerenti il rapporto tra ambiente e ambiente di lavoro, ma certamente esprime una prima ricognizione legislativa di possibili problematiche, sia pure limitata all'ambito previdenziale.

Ritenuta «la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per fronteggiare gli eccezionali eventi climatici verificatisi nel corso del mese di luglio 2023, con particolare

1* Scritto destinato alla raccolta di studi in memoria di Giuseppe Santoro-Passarelli.

Basti far riferimento al rapporto del Lancet Countdown's work, pubblicato alla vigilia della Conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici Cop 28 (Dubai 30 novembre-12 dicembre).

2 Sulla rilevanza della scienza "non controversa" e del suo carattere prescrittivo per fondare obbligazioni climatiche e corroborare le relative decisioni politiche, in ambito pubblicistico si osserva un ricco dibattito, teso a salvaguardare l'autorevolezza dei parametri proposti e al contempo i processi di formazione della volontà normativa e delle decisioni giurisprudenziali: esso è stato recentemente analizzato da S. SPUNTARELLI, *Contenzioso climatico e sapere scientifico*, in *Riv. giur. Amb.Dir.*, 2023, n. 1 (numero speciale), p. 52 ss., spec. 61-64. Cfr. entro l'ampio dibattito, con varietà di posizioni M. DELSIGNORE, *Il contenzioso climatico nel suo costante crescendo dal 2015 ad oggi*, in *Giornale dir. amm.*, 2022, n. 2, p. 265 ss.; R. CHIARELLI, *Emergenza e tutela ambientale. Introduzione al volume*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2020, n. 2; M.F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *DPCE online*, 2023, n. 2, p. 329 ss., spec. pp. 332-335; M. TALLACCHINI, voce *Scienza e Potere*, in *Enc. dir.*, vol. V, "Potere e Costituzione", diretto da M. CARTABIA-M. RUOTOLO, Giuffrè, Milano, 2023, p. 1059 ss.; G. DONATO, *Le prospettive di dialogo tra scienza e diritto. Spunti di riflessione dalla pandemia e dalle "climate litigations"*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2022, p. 975.

3 Sullo specifico rapporto tra diritto del lavoro e sostenibilità ambientale v. di recente A. DI STASI, *Diritto del lavoro, principio di precauzione e sostenibilità ambientale: una convergenza necessaria*, in *Var. temi dir. lav.*, 2023, n. 1, p. 207 ss.; A. LASSANDARI, *Il lavoro nella crisi ambientale*, in *Lav. dir.*, 2022, n. 1, p. 7 ss.; D. GAROFALO, *Diritto del lavoro e sostenibilità*, in *Dir. merc. lav.*, 2021, n. 1, p. 35 ss.; P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, Adapt University Press, Bergamo, 2018.



riferimento alle ondate di calore che hanno interessato il Paese» (si cita il Preambolo della norma), è a livello generale favorita la sottoscrizione di intese tra organizzazioni datoriali e sindacali per l'adozione di linee-guida e procedure concordate per l'attuazione delle previsioni prevenzionistiche a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori esposti alle emergenze climatiche (art. 3, e spec. *infra*, § 6).

Accanto a tale previsione, la norma apporta due disposizioni speciali, perché limitate nell'ambito di applicazione soggettivo, nonché di carattere eccezionale, perché emanate in forza di presupposti di urgenza, con efficacia limitata nel tempo, e dotazioni economiche predeterminate *una tantum*.

La prima disposizione opera nell'ambito dell'edilizia, escavazione, lapidei: per le imprese operanti in tali settori, l'erogazione di trattamenti di integrazione salariale ordinaria, di regola, è soggetta a limiti di durata⁴ e al pagamento di un contributo addizionale⁵. Ciò anche in caso di sospensioni determinate da eventi oggettivamente non evitabili, quali potrebbero essere i cambiamenti climatici.

Così non è, invece, di regola, per tutte le aziende industriali, che in tali ipotesi possono beneficiare *sine die* dei trattamenti di integrazione salariale ordinaria⁶, fino al venir meno dell'evento inevitabile e dei suoi effetti impedienti l'esecuzione delle prestazioni di lavoro interessate.

Il decreto, ritenendo le aziende edili particolarmente esposte al cambiamento climatico e in specie al caldo estremo che, secondo numerose rilevazioni, ha caratterizzato il 2023 su scala nazionale e mondiale (con particolare riferimento al mese di luglio)⁷, sancisce che anche tali

4 Qualora l'impresa abbia fruito di 52 settimane consecutive di integrazione salariale ordinaria, una nuova domanda può essere proposta per la medesima unità produttiva per la quale l'integrazione è stata concessa, solo quando sia trascorso un periodo di almeno 52 settimane di normale attività lavorativa (art. 12, comma 2, d. lgs n. 148/2015). Più periodi non consecutivi non possono superare complessivamente la durata di 52 settimane in un biennio mobile (comma 3).

5 Oggi ai sensi dell'art. 12, comma 4, d. lgs. n. 148/2015.

6 Su cui per una disamina complessiva v. D. GAROFALO, *La nuova disciplina della Cassa Integrazione Guadagni* (d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148), in F. SANTONI-M. RICCI-R. SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act, Atti del Convegno di Benevento del 2 ottobre 2015*, vol. 12, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 233 ss. e ID., *La disciplina comune CIGO/CIGS*, in E. BALLETTI-D. GAROFALO (a cura di), *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act 2*, Cacucci Editore, Bari, 2016, pp. 19-36.

7 Il mese di luglio 2023 è stato in tutto il globo di 0,72 gradi più caldo della media 1991-2020 per luglio, e di 0,33 gradi superiore al precedente mese più caldo, ossia luglio 2019, secondo le rilevazioni del programma UE di osservazione della Terra Copernicus. Simili valutazioni sono indicate anche dal Goddard Institute for Space Studies (GISS) della NASA, rilevando altresì che i 5 mesi di luglio più caldi dal 1880 ad oggi si sono verificati dal 2019 al 2023. Per rilevazioni sul cambiamento climatico è doveroso fare riferimento all'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) e ai suoi ormai oltre trenta report annuali. Limitandosi al territorio italiano, secondo i dati raccolti dall'Isac-Cnr di Bologna il mese di luglio è stato di 2,26°C superiore (2,79°C al Nord) rispetto alla media 1991-2020, entro i primi tre posti in assoluto nelle misurazioni dal 1800 ad oggi. Secondo un altro studio del Karlsruher Institut für Technologie (KIT) in Italia nel 2023 (ma le medie dal 2010 sono simili) sono state colpite oltre 30 volte più persone dall'esposizione ad altissimo stress termico (> 40°C) rispetto alla media estiva 1980-1999: A.



imprese possano, eccezionalmente, avvalersi di tale esenzione da limiti di durata e dal versamento dei contributi addizionali. Quanto disposto vale per sospensioni disposte nel periodo dal 1° luglio 2023 al 31 dicembre 2023 per fronteggiare eccezionali situazioni climatiche, comprese quelle relative a straordinarie ondate di calore. In assenza di diverse indicazioni, la modifica è puramente sostanziale e non implica variazioni dal punto di vista procedurale nella richiesta del trattamento di integrazione salariale ordinario, per la quale si applicheranno le regole ordinariamente applicate a tutte le industrie⁸.

L'altra disposizione concerne gli operai agricoli a tempo indeterminato, che in caso di sospensione temporanea dal lavoro per intemperie stagionali godono di un trattamento previdenziale sostitutivo pari a due terzi della retribuzione, per le giornate di lavoro (interamente) non prestate, per la durata massima di novanta giorni nell'anno (art. 8 legge n. 457/1972)⁹.

Così, per sospensioni effettuate per fronteggiare eccezionali situazioni climatiche tra il 29 luglio 2023 e il 31 dicembre 2023 si riconosce il medesimo trattamento previdenziale anche nel caso in cui la sospensione sia pari (almeno) alla metà dell'orario giornaliero contrattualmente previsto, e tali sospensioni non rientrano nel computo per la durata massima. Accanto alle modifiche sostanziali se ne aggiunge una di tipo procedurale: le domande sono autorizzate e corrisposte agli interessati direttamente dall'INPS e non dalla apposita Commissione provinciale ordinariamente competente.

Si coglie, nell'impianto della disciplina, il duplice rilievo dell'aumento di calore atmosferico.

Esso assume importanza anzitutto sul piano della prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, come rischio termico connesso all'ambiente di lavoro, rilevante anche in ambito e per impulso euro-unitario¹⁰, e pertanto rende necessario esaminare lo stato dell'arte in materia di temperatura e condizioni dell'aria nel luogo di adempimento, unitamente agli strumenti predisposti dall'ordinamento a tutela della salute e sicurezza (*infra*, § 2).

Al contempo, l'aumento di calore può rilevare sotto il profilo previdenziale, come evento non imputabile all'imprenditore, idoneo a determinare la sospensione della prestazione in via generale e cioè prima ed oltre l'intervento del decreto n. 98/2023 (§ 3), e questo duplice profilo di rilievo giuridico indurrà ad approfondire il rapporto tra la tutela della salute e sicurezza e l'ammortizzatore sociale (§ 4), viepiù alle luce delle ultime indicazioni della prassi del Ministero del lavoro e dell'INPS (§ 5).

SCHÄFER ET AL., *CEDIM Forensic Disaster Analysis (FDA) Group: Untersuchung der globalen Hitzewelle im Jahr 2023*, 8 agosto 2023, consultabile online sul sito dell'Istituto.

⁸ Con particolare riferimento alla procedura di cui all'art. 14 d. lgs. n. 148/2015, che si applica senza esclusione. Ciò si desume anche per confronto con l'articolo successivo, nel quale le variazioni di procedura sono chiaramente esplicitate.

⁹ Sul trattamento v. *ex multis* E. GHERA-A. GARILLI-D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, p. 566 ss.

¹⁰ M. MARESCA, *Ambiente di lavoro e protezione comunitaria*, Giuffrè, Milano, 1997 e già M. BIAGI, *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttiva CEE*, Maggioli, Rimini, 1991.



Lo stesso presupposto del decreto, ossia, il cambiamento climatico (§ 6) appare suscettibile di riflessioni critiche, che all'identificazione di univoche soglie di intervento (§ 7) e di ragionevoli distribuzioni delle tutele per la parte debole del rapporto, in ossequio agli art. 3, comma 2 e 35 Cost., con o senza vincolo di subordinazione¹¹ (§ 8-9).

2. La tutela della salute dei lavoratori quale presupposto giuridico dell'intervento legislativo e la disciplina prevenzionistica sul fattore di rischio microclimatico da calore.

Se il calore già nel Codice civile rientra certamente tra gli elementi idonei ad individuare la particolarità del lavoro e, sulla base di essa, a determinare il fondamento e limite dell'obbligo di protezione della persona del lavoratore¹², è tuttavia con la Costituzione (art. 32 Cost.) e con l'emanazione del d.P.R. n. 303/1956 che si può osservare il riconoscimento di limiti di temperatura non solo «convenienti alla buona esecuzione dei lavori» ma al contempo anche «ad evitare pregiudizio alla salute dei lavoratori» (art. 11, comma 1). Parallelamente si riconosce l'obbligo di adozione di misure tecniche localizzate o mezzi personali di protezione quando non sia conveniente modificare la temperatura di tutto l'ambiente (art. 11, comma 2).

Con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 626/1994 il calore assurge certamente ad agente (nella specie, fisico) potenzialmente dannoso per la salute e suscettibile di integrare il concetto di rischio professionale (art. 2, lett. g), e ne è oggi conclamata la particolare esposizione per il nostro Paese¹³. Al concetto di temperatura conveniente per la buona esecuzione dei lavori e non pregiudizievole per la salute si sostituisce quello di «temperatura adeguata all'organismo umano durante il tempo di lavoro», graduato in considerazione dei metodi di lavoro applicati e degli sforzi fisici imposti ai lavoratori¹⁴.

Nella vigente disciplina del Testo Unico in materia di Sicurezza sui luoghi di lavoro (d. lgs. n. 81/2008, di seguito anche TUSL) si aggiunge *in primis* l'estensione della valutazione dei rischi a tutti i rischi all'interno dell'organizzazione¹⁵, in tutti i settori, che si accompagna anche alla mutazione - rilevante per l'argomento qui trattato - del concetto di ambiente di lavoro, ormai identificabile in qualsiasi spazio, almeno conosciuto dal datore di lavoro, in cui il lavoratore

11 Secondo l'insegnamento di G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 339 ss., spec. § 5.2-5.3, e v. anche ID., *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, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 342-3 e Id., *Dignità del lavoro e civiltà digitale*, in *Riv. giur. lav.*, 2023, n. 1, p. 53 ss.

12 Cfr. A. DELOGU, *La funzione dell'obbligo generale di sicurezza sul lavoro. Prima, durante e dopo la pandemia: principi e limiti*, Collana "I Quaderni di Olympus", n. 6, Aras, Fano, 2021, spec. p. 138 ss.

13 Si pensi che secondo J. BALLESTER ET AL., *Heat-related mortality in Europe during the summer of 2022*, in *Nature Medicine*, 10 luglio 2023, in Italia già nell'estate 2022 si sono stimati circa 18.010 morti per il caldo, più di qualsiasi altro Paese europeo (quasi 1 su 3 in Europa).

14 Novellato art. 11, comma 1, d.P.R. n. 303/1956.

15 Come evidenziato da A. PRETEROTI, *Ambiente digitale e benessere: la disconnessione come diritto della personalità e strumento di tutela della dignità umana*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2023, n. 3, p. 2; cfr. L. MONTUSCHI, voce *Ambiente di lavoro*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, pp. 86-87 e più di recente P. PASCUCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in *Dir. sic. lav.*, 2019, n. 1, p. 42.



svolga la propria prestazione di lavoro¹⁶, sia esso interno o esterno all'azienda, con il solido conforto della giurisprudenza¹⁷.

Inoltre, si osserva un'evoluzione del concetto di salute (art. 2, lett. o), da intendere non più come assenza di malattia o di infermità bensì come stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, all'interno di una valutazione dei rischi ormai pienamente globalizzata (artt. 2, lett. q, e 28)¹⁸. Di riflesso, tra gli agenti di rischio fisico si delinea il concetto di microclima, ormai identificabile nel complesso dei parametri ambientali (temperatura, umidità relativa e velocità dell'aria) che determinano il benessere termico dei lavoratori¹⁹.

In questa nuova prospettiva, già su un piano generale²⁰ assumono rilievo le stesse caratteristiche ambientali, non solo dei locali aziendali ma anche dell'atmosfera, nella misura in cui influenzino il microclima del luogo di adempimento ed integrino un agente fisico giuridicamente rilevante (art. 180 TUSL), da considerare come «fattore ambiente di lavoro» nelle misure generali di sicurezza (art. 15, lett. b), che potranno anche consistere in modifiche strettamente organizzative, ad esempio per mezzo di variazioni dei turni che limitino il lavoro nelle ore diurne, nonché nella valutazione dei rischi (artt. 15, lett. a e 28)²¹, in specie da esposizione ad agenti fisici²² e infine negli obblighi di informazione e formazione in materia di sicurezza (184).

16 A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in AA. VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in Working papers collective volumes, n. 6, 2017, p. 112, e più di recente A. DI STASI, *op. cit.*, p. 214.

17 Cass. 29 maggio 1990, n. 5002, in *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 328; Cass. 6 settembre 1995, n. 9401, in *Mass. giur. lav.*, 1995; Cass. 5 gennaio 2005, n. 180, in *Dir. prat. lav.*, 2005, p. 1512.

18 Giungendo a parlare di un concetto di «salute circolare», quale sistema di vasi comunicanti che impone di ricercare un equilibrio migliore fra uomo e ambiente complessivamente considerato: così C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, p. 136; più di recente EAD.-P. PASCUCCI, *La gestione della circolarità dei rischi tra ambiente interno ed esterno all'azienda. Profili giuridici*, *ivi*, 2023, p. 35 ss. Cfr. anche il rapporto ETUC, *Adaptation to climate change and the world of work, a guide for Trade Unions*, 2020.

19 Art. 180 e all. XIV TUSL. Cfr. circ. Ministero della salute del 16 dicembre 2015.

20 Laddove poi le mansioni di adibizione o assegnazione rendano il microclima un rischio specifico ad esse sotteso e connaturato, ne discendono riflessi in materia di obbligo di informativa specifica (art. 36, comma 2, TUSL) formazione specifica (37, comma 2) e sorveglianza sanitaria (41), nonché per i dispositivi di protezione, tra i quali si annoverano anche quelli contro il calore (all. VIII), con formula distinta rispetto al fuoco diretto.

21 Con obbligo di aggiornamento quadriennale (181, comma 2) e di rielaborazione (art. 29, comma 3 TUSL) a fronte di modifiche del processo produttivo significative ai fini della tutela della salute, come l'aumento di calore del microclima per prestazioni all'aperto o in luoghi non ventilati, o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità. Del resto da tempo la valutazione dei rischi non è limitata ai soli rischi endogeni, generati direttamente dall'esecuzione della prestazione lavorativa, ma si estende anche ai rischi esogeni, ossia derivanti dall'ambiente esterno e «indirettamente correlati all'attività lavorativa»: in questi termini v. L. ANGELINI-C. LAZZARI, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, pp. 83-84 e *ivi* per ulteriori riferimenti.

22 Che è comunque da limitare ai sensi dell'art. 15, lett. c, TUSL.



Parallelamente il susseguirsi, anche sul piano mondiale, di anomale ondate di calore per intensità, frequenza o durata ha determinato l'accresciuta sensibilizzazione sul piano giuridico al microclima e alla sua influenza sugli infortuni e sul benessere termico²³. Tali processi sono stati oggetto di maggiore attenzione in studi internazionali²⁴, nazionali²⁵ e soprattutto nelle indicazioni dell'Ispettorato del lavoro. Si pensi ai lavori svolti in sotterraneo o al chiuso (settore minerario, allevamenti in stabulari, alcune lavorazioni industriali) o in zone prive di ricambio d'aria (settore floro-vivaistico), ma anche a mansioni svolte all'aperto (agricoltura, edilizia, cantieri e manutenzioni stradali, riparazioni e armamenti ferroviari, settore turistico-balneare)²⁶, ove la modifica dei parametri connessi all'esposizione al sole è impossibile²⁷ ed è massima la difficoltà nel distinguere il rischio professionale da quello ambientale-ecologico²⁸.

L'Ispettorato, accanto ad atti di indirizzo per la prevenzione del rischio da stress termico, ha invitato le articolazioni ispettive a prestare attenzione ai rischi derivanti dall'innalzamento delle temperature, con particolare riferimento all'edilizia e alle misure speciali ivi previste²⁹, nonché all'agricoltura³⁰ e più in generale al maggior rischio espositivo³¹ per mansioni di fatica e lavori svolti in ambienti aperti, tenuto conto dell'ubicazione del luogo di lavoro, della dimensione aziendale e delle caratteristiche del lavoratore (età, salute, status socioeconomico, genere)³². Sono state poi fornite precise indicazioni sul piano sanzionatorio³³.

23 Secondo la ricerca di J. LIU ET AL., *Is there an association between hot weather and poor mental health outcomes? A systematic review and meta-analysis*, in *Environment International*, 2021, p. 153, esiste un'associazione tra l'esposizione a temperature elevate ed effetti negativi sulla salute mentale, alla cui stregua si stima che per ogni incremento di temperatura di 1°C rispetto alle medie mensili i decessi legati alla salute mentale aumentino del 2,2% e le malattie psichiche crescano dello 0,9%.

24 Cfr. la pubblicazione dell'Agenzia Europea per la sicurezza e la salute sul lavoro (EU- OSHA) *Heat at work - Guidance for workplaces (Esposizione al calore sul lavoro: orientamenti per i luoghi di lavoro)* del 15 maggio 2023

25 È possibile fare riferimento alla documentazione consultabile sul Portale Agenti Fisici, Sezione "Microclima", o ancora al progetto di ricerca Bric Inail 2019 «Impatto dello stress termico ambientale sulla salute e produttività dei lavoratori».

26 L'esemplificazione più completa ed aggiornata, tra quelle fornite dall'Ispettorato, si rinviene nella nota 13 luglio 2023, n. 5056.

27 Nota INL 26 luglio 2022, n. 4753.

28 Secondo le coordinate già evidenziate da A. DI STASI, *op. cit.*, p. 215.

29 Cfr. titolo IV e all. XV TUSL e nota INL 2 luglio 2021, n. 4639.

30 Nota INL 22 giugno 2022, n. 3783, intensificando gli accertamenti sull'adozione delle misure di prevenzione «tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori», compresi quelli riguardanti «gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari».

31 Per l'individuazione del rischio espositivo è possibile fare riferimento a una serie di indici di ergonomia e di temperatura, nonché agli standard WBGT, PHS, IREQ.

32 Nota INL 13 luglio 2023, n. 5056.

33 Nota INL 26 luglio 2022, n. 4753. Si prescrive in particolare agli incaricati, laddove la valutazione del rischio da microclima per aumento del calore esista e le misure di prevenzione non siano state applicate, di emettere un verbale di prescrizione nei confronti del preposto per non aver vigilato «sulla osservanza delle disposizioni aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro» (art. 19, comma 1, lett. a), TUSL). Ove invece si riscontri l'assenza della valutazione del rischio espositivo specifico o delle misure di



In questa prospettiva appare centrale il ruolo del progresso tecnologico per la protezione dall'esposizione al calore che, unito al principio della massima sicurezza disponibile, può migliorare o rendere economicamente più accessibili i dispositivi di protezione individuale già individuati dal Testo unico (v. All. XIV-XV TUSL), a tutela della salute dei dipendenti dal calore. Si tratta di rimedi fondamentali per un Paese come il Nostro, nel quale il cambio dei picchi e delle medie climatiche, soprattutto in prospettiva, non sembra poter essere affrontato solamente con sospensioni della prestazione e strumenti previdenziali (*infra*, § 3-4).

3. Sul progressivo riconoscimento di rilevanza giuridica alle condizioni metereologiche. L'adattamento della prassi.

Accanto all'evoluzione della disciplina in materia di salute, sicurezza e prevenzione, anche la prassi INPS ha intrapreso una vera e propria opera di sensibilizzazione, dapprima rispetto ai fenomeni metereologici in generale, e in seguito rispetto al mutato contesto climatico e all'aumento delle temperature.

Secondo un'iniziale indicazione amministrativa, gli eventi meteorologici erano annoverati tra le causali di integrazione salariale ordinaria solamente nel settore dell'edilizia (secondo il chiaro dettato dell'art. 1 legge n. 763/1977), ma non nel settore industriale in generale, nel quale, non essendo espressamente richiamati tali eventi, si riteneva non potessero dare luogo ad alcun trattamento³⁴.

La giurisprudenza ha in seguito inserito entro la nozione di «eventi non imputabili al datore di lavoro o ai lavoratori»³⁵ un (qualsiasi) accadimento «del tutto indipendente ed estraneo alla sfera dell'imprenditore» anche sotto il profilo della imprevedibilità, in termini equivalenti alla nozione di forza maggiore³⁶: dunque anche un evento meteorologico per un'impresa industriale generica (non edile), come è oggi riconosciuto espressamente nel Jobs Act (art. 11, lett. a), d. lgs. n. 148/2015). Laddove poi tale evento assuma caratteri di imponderabilità o imprevedibilità e di efficienza causale tali da soverchiare ogni resistenza da parte dell'imprenditore, impedendo lo svolgimento dell'attività aziendale senza un aumento dei costi o dei tempi di lavoro, o un pregiudizio alla qualità dei prodotti o dei servizi resi, grazie all'interpretazione giurisprudenziale ormai consolidata³⁷ potrebbe qualificarsi anche come «evento oggettivamente non evitabile»³⁸ (EONE), con conseguente esonero dal pagamento del contributo addizionale.

prevenzione da porre necessariamente in atto, la nota suggerisce di impartire un ordine di polizia giudiziaria (art. 55 c.p.p) di sospensione immediata, dei lavori in toto o delle attività lavorative prive di una valutazione del rischio specifico, fino all'ottemperamento di un verbale di prescrizione di valutazione del rischio "microclima", o di indicazione delle misure di prevenzione e protezione.

34 Circolare G.S. 13 novembre 1978, n. 5504.

35 Art. 1, n. I, lett. a), legge n. 164/1975.

36 Cass., sez. lav., 18 ottobre 1983, n. 6098.

37 Cass., sez. lav., 28 giugno 1988, n. 4379. A seguire anche Cass. 16 maggio 1990, n. 4218; Cass. 1° giugno 1990, n. 5130; Cass. 1° marzo 1993, n. 2506; Cass. 24 marzo 2001, n. 4299; Cass. 4 maggio 2022, n. 6415. L'onere della prova resta in capo al datore di lavoro: Cass. 20 marzo 1987, n. 2794; Cass., sez. lav., 3 ottobre 1987, n. 7415.

38 Nozione oggi prevista nell'art. 12, n. 2, legge n. 164/1975.



Occorre sottolineare che, per legittimare la richiesta di sostegno previdenziale, nella valutazione “di resistenza” assumono rilievo dirimente i dispositivi di protezione, dei quali l'imprenditore deve dimostrare l'inadeguatezza protettiva. Lo sviluppo di dispositivi di protezione adeguati dal calore è fondamentale per un Paese come l'Italia, nel quale l'aumento delle medie climatiche e dei fenomeni meteorologici eccezionali, ove si accolgano le allarmanti prospettive offerte da crescenti quote di climatologi, non sembra poter essere affrontato in modo esclusivo o automatico mediante sospensioni della prestazione e strumenti previdenziali (*infra*, § 4).

Posta l'evoluzione giurisprudenziale e legislativa in materia di sicurezza, nella prassi INPS a partire dagli anni novanta si è osservata l'integrazione del fenomeno delle temperature elevate entro la nozione di “maltempo”, ossia di evento climatologicamente avverso. Ciò si è osservato dapprima per la funghicoltura, settore agricolo notoriamente contrassegnato dallo svolgimento in ambienti chiusi e umidi³⁹, poi per il settore dell'edilizia e affini, ricomprendendo anche le temperature eccezionalmente elevate tra le intemperie stagionali⁴⁰ e infine mediante l'estensione al settore industriale, in presenza di prestazioni rese in luoghi non proteggibili dal sole ovvero implicanti l'utilizzo di materiali che non sopportano il forte calore (es. armamento ferroviario)⁴¹.

Successivamente, mediante la rilevante circolare INPS n. 139/2016, si è identificato in modo preciso il fenomeno delle alte temperature, individuato in una temperatura superiore a 35°⁴², riducendo il margine di discrezionalità in modo simile ad altre esperienze giuridiche euro-mediterranee⁴³.

39 Circ. INPS n. 178 del 26 luglio 1993.

40 Circ. INPS n. 148 del 13 maggio 1994.

41 Messaggio INPS 28 luglio 1998, n. 28336.

42 Il Messaggio INPS n. 1856 del 3 maggio 2017, pp. 3-4 ha poi chiarito che tale soglia può anche essere quella percepita in ragione dell'umidità, non necessariamente quella reale.

43 In Spagna, per far fronte alle ondate di calore eccessivo registrate durante il periodo estivo dello scorso anno, tra le misure prospettate dal Governo vi era anche il divieto per alcuni lavori all'aperto in condizioni di caldo estremo. Tale divieto sarebbe scattato ove l'agenzia meteorologica nazionale AEMET avesse emesso un avviso di allerta arancione (37-40 gradi) o rosso (40-44 gradi) per rischio grave o estremo di temperature elevate. In Grecia, per affrontare l'anticiclone Cleo, il Ministero del Lavoro ha disposto la sosta obbligatoria per i lavoratori nelle ore più calde e lavoro a distanza per chi fa parte delle categorie più vulnerabili e, quindi, più a rischio. In Francia il *Code Du Travail* non indica temperature massime superate le quali è necessario sospendere l'attività lavorativa, rimettendo ai datori di lavoro l'individuazione delle misure da adottare per garantire le necessarie tutele ai lavoratori (Cfr. Artt. L. 4121-1- L. 4121-5 del Code Du Travail, recanti gli obblighi del datore di lavoro nell'ambito dei principi generali di prevenzione). Anche in Gran Bretagna non esistono normative specifiche in tema di temperature elevate, dove viene definito solo il limite di temperatura minima dei luoghi di lavoro, il quale è di 16 gradi centigradi. Se, invece, il lavoro comporta uno sforzo fisico intenso, la temperatura minima è pari ad almeno 13 gradi centigradi (Cfr. Workplace Health, Safety and Welfare Regulations 1992 - WHSWR, Regulation 7, «Temperature in indoor workplaces»).



Di talché, già prima dell'intervento del d.l. n. 98/2023 ed anche al di fuori dei settori agricolo ed edilizio⁴⁴, laddove sia previsto lo svolgimento di fasi di lavoro in luoghi non proteggibili dal sole o che comportino l'utilizzo di materiali o lo svolgimento di lavorazioni che non sopportano il forte calore, le temperature reali o percepite superiori a 35° centigradi⁴⁵ rientrano tra gli eventi abilitanti l'intervento dell'integrazione salariale ordinaria⁴⁶, e facilmente anche tra i richiamati EONE⁴⁷, ove si provino gli insopprimibili riflessi sull'attività produttiva⁴⁸.

4. Il rapporto tra utilizzo delle misure di sicurezza e dispositivi di protezione e il trattamento di integrazione salariale per temperature elevate.

Oggi, per un verso, le elevate temperature, convergendo all'interno della nozione di microclima con incrementata attenzione, sono riconosciute in via generale come un fattore di rischio per la salute dei lavoratori. Quest'ultimo concetto, a sua volta evoluto in quello di benessere termico, impone l'adozione di tutte le misure di sicurezza possibili, anche sul piano organizzativo, ad esempio mutando orari e mansioni e imponendo l'adozione di dispositivi di protezione.

Per altro verso, al superamento di temperature reali o percepite di oltre 35 gradi, tutte le imprese industriali, edili e non edili, possono invocare l'erogazione del trattamento di integrazione salariale ordinario secondo la causale «eventi meteo». Tale causale rientra ormai a pieno titolo tra gli «eventi non imputabili al datore di lavoro né ai lavoratori». Oggi non è più necessario fornire i bollettini meteo alla P.A. accertante ed è più agevole il riconoscimento dell'esenzione da limiti di durata e dal versamento dei contributi addizionali per il datore di lavoro istante⁴⁹.

Si tratta tuttavia di indicazioni formulate nella prospettiva (giudiziale di valutazione dei presupposti della scelta) imprenditoriale, in termini di possibilità o impossibilità della ripresa per l'azienda chiamata a sospendere l'attività.

Tradizionalmente, infatti, il trattamento salariale ordinario - o più precisamente, la richiesta dello stesso da parte del datore di lavoro - non può integrare una misura di sicurezza. Infatti, ciò che è imposto al datore di lavoro laddove sul piano tecnico-organizzativo non sia possibile o sia incerta la garanzia del benessere termico dei lavoratori rispetto al rischio microclima, è la sospensione dell'attività.

La scelta di sospendere l'attività compete, com'è ovvio, al datore di lavoro, ma è una scelta obbligata perché egli è anche l'obbligato principale in materia di sicurezza sul lavoro e, di fronte a tali presupposti, è chiamato a optare per la sospensione stessa come unica misura di sicurezza possibile.

44 E. MASSI, *L'integrazione salariale per emergenze climatiche*, cit.

45 Nota INL n. 5056 del 13 luglio 2023.

46 Presupposti richiamati in linea di continuità dai citati messaggi INPS n. 28336 del 1998, n. 1856 del 2017 e n. 2729 del 2023.

47 Messaggio INPS n. 1963 dell'11 maggio 2017; messaggio INPS n. 1548 del 7 aprile 2017; messaggio INPS n. 4752 del 23 novembre 2016.

48 Circ. INPS n. 139 del 1° agosto 2016, in linea con la descritta evoluzione giurisprudenziale.

49 Stato dell'arte che sembra documentato in tali termini anche dal Preambolo del d.l. n. 98/2023.



Questa concezione ancora “mediata”, nella quale sono ben separati l’obbligo del datore di lavoro di sospendere l’attività produttiva per ragioni di sicurezza microclimatica e la possibilità di avvalersi dell’integrazione salariale a fronte di temperature elevate, di recente è stata sottoposta a nuove sollecitazioni.

5. La presenza di rischi o pericoli per la sicurezza e la salute dei lavoratori derivanti da alte temperature quale nuova causale per l’integrazione salariale ordinaria.

Il quadro di interazioni tra la disciplina previdenziale e quella della sicurezza sul lavoro si arricchisce ulteriormente alla luce dell’intervento del Ministero del lavoro e della prassi INPS.

Una prima novità si rinviene nella Nota n. 4639 del 2 luglio 2021 in materia di tutela da stress termico ambientale, nella parte in cui evidenzia che i rischi da esposizione alle condizioni microclimatiche della stagione estiva costituiscono «evento che può dare titolo alle prestazioni di integrazione salariale». In altri termini, si riconosce che ove le misure prevenzionistiche risultino insufficienti ad evitare e/o ridurre il fattore di rischio microclima, la possibilità per i datori di lavoro di sospendere l’attività e richiedere la cassa integrazione guadagni ordinaria per «eventi meteo» a fronte di temperature elevate, ormai riconosciuta dall’INPS, è contemplata anche dalle autorità ispettive. La Nota INL sembra quasi alludere, in modo innovativo, ad un titolo autonomo per la richiesta del trattamento CIGO, o almeno a un’integrazione della nozione di eventi transitori non imputabili alle parti, nel quale l’inadeguatezza delle misure prevenzionistiche e di protezione giustificherebbe in sé e per sé il sostegno al reddito.

Parimenti, nel vademecum «Rischi lavorativi da esposizione ad alte temperature» del 20 luglio 2023 il Ministero del lavoro sembra andare oltre l’impostazione consolidata, laddove afferma (p. 9) che «indipendentemente dalle temperature rilevate, la CIGO è riconosciuta in tutti i casi in cui il responsabile della sicurezza dell’azienda dispone la sospensione delle lavorazioni in quanto ritiene sussistano rischi o pericoli per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi i casi in cui le sospensioni siano dovute a temperature eccessive».

Questa dichiarazione trova conferme nella contemporanea dichiarazione dell’INPS del 20 luglio 2023⁵⁰, alla cui stregua «il trattamento di integrazione salariale è riconoscibile in tutti i casi in cui il datore di lavoro, su indicazione del responsabile della sicurezza dell’azienda, disponga la sospensione/riduzione delle attività in quanto sussistono rischi o pericoli per la sicurezza e la salute dei lavoratori», anche a fronte di temperature eccessive, precisando però l’importante quanto ovvia condizione, invero desumibile dall’art. 11 d. lgs. n. 148/2015, che «le cause che hanno determinato detta sospensione/riduzione non siano imputabili al medesimo datore di lavoro o ai lavoratori»: nulla potrà essere richiesto all’autorità amministrativa per il mancato aggiornamento della valutazione dei rischi, l’assenza o il mancato utilizzo dei dispositivi di protezione. Nonostante il linguaggio a-tecnico utilizzato dal Ministero del lavoro e dall’INPS, là dove fanno riferimento ad un fantomatico “responsabile della sicurezza dell’azienda”, la sospensione delle lavorazioni potrà essere disposta dal datore di lavoro, o dal suo delegato *ex art. 16 d.lgs. n. 81/2008*, ovvero dal dirigente in senso prevenzionistico (che, salvo gli obblighi non delegabili, si vede gravato dei medesimi doveri del datore di lavoro *ex*

⁵⁰ Messaggio INPS 20 luglio 2023, n. 2729.



art. 18, d.lgs. n. 81/2008), oppure ancora, in via temporanea, dal preposto (cfr. art. 19, comma 1, lett. e) ed *f-bis*), ma non anche dal Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP), che, in quanto tale, non è il “responsabile della sicurezza” in azienda, bensì un mero consulente del datore di lavoro, privo di poteri decisionali e di spesa⁵¹, il quale, dunque, potrà semmai, come pare porre in luce l’INPS, suggerire la sospensione, giammai adottarla.

Sebbene, come detto, la richiesta del trattamento di integrazione salariale non possa integrare una misura di sicurezza, attraverso questo duplice e coordinato riconoscimento della prassi INPS e del Ministero del lavoro, in sostanza, la tutela della salute dei lavoratori, non imputabile alle parti contrattuali può integrare ormai a pieno titolo una fattispecie integrante in via diretta il diritto all’integrazione salariale ordinaria, perché sussumibile entro la nozione di «situazioni aziendali dovute a eventi transitori e non imputabili all’impresa o ai dipendenti» di cui alla lettera a) del richiamato art. 11.

È indubbio che le possibilità ormai incontestabilmente offerte dall’ordinamento al datore di lavoro di fronte a tali ipotesi favoriscono in modo consistente se non obbligatorio l’opzione della sospensione pur di assicurare la tutela della salute dei dipendenti.

L’apertura del trattamento di integrazione ordinario per alte temperature in connessione alla protezione dal rischio microclima ricorda in modo sensibile il riconoscimento della causale Covid-19 per l’erogazione del trattamento di integrazione salariale (d.l. n. 18/2020, art. 19). Anche in quella misura, infatti, al netto delle problematiche, anche sociali⁵², connesse all’elaborazione di una legislazione di emergenza *science-driven*, specie se basata su dati scientificamente non incontrovertibili⁵³, era comunque possibile individuare la tutela della salute (della collettività generale o quantomeno) dei lavoratori come obiettivo sotteso alle

51 Su queste questioni si rinvia a P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d. lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Collana Quaderni di Olympus, n. 5/2017, Aras, Fano, 2017, pp. 41, 138-147 e 187-198, nonché ad A. DELOGU, voce *Salute e sicurezza sul lavoro*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2017, p. 450, ad avviso del quale «il RSPP è un collaboratore deputato a sopperire alle presumibili carenze tecniche del datore di lavoro, pertanto, a dispetto del nome, non è il responsabile della sicurezza».

52 V. FILÌ, *Emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, in R. FABOZZI-G. SIGILLÒ MASSARA (a cura di), *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, vol. II, Cacucci Editore, Bari, 2021, p. 1055 ss.; S. BELLOMO-A. MARESCA-G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Lavoro e tutele al tempo del Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020; O. BONARDI-U. CARABELLI-M. D’ONGHIA-L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, instant-book Cgil, Roma, 2020; A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, Roma, 2020.

53 Oltre ai contributi già richiamati in apertura v. in particolare A. IANNUZZI, *Leggi ‘science driven’ e CoViD-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020, p. 129 ss. e S. CECCANTI, *Scienza e politica dopo la pandemia: ‘chi’ decide ‘cosa’*, in *federalismi.it*, 2022, n. 3, p. 1 ss., nonché V. CAVANNA, *Tutela di salute e ambiente: riflessioni a margine dell’emergenza Coronavirus* e G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell’attuazione dell’emergenza sanitaria da Coronavirus: i DPCM*, ambedue in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2020, n. 4.



sospensioni di lavoro⁵⁴, così come è possibile individuarla oggi, nel titolo e nelle disposizioni del d.l. n. 98/2023, rispetto al concetto di rischio da microclima, che è senz'altro giuridicamente più maneggevole per l'interprete (*supra*, § 2, e v. § 10).

Questa logica rappresenta il vero tratto innovativo e differenziale di questi nuovi riconoscimenti di integrazione salariale, tutti accomunati dalla *ratio* di favorire le sospensioni dei rapporti di lavoro per la protezione dell'integrità fisio-psichica e del benessere dei lavoratori, non più solo e prioritariamente per assicurare la tenuta economica dell'organizzazione d'impresa.

Neppure v'è dubbio sul fatto che tali modifiche inducano in primo luogo le imprese ad accogliere con maggior favore la prospettiva di sospendere l'attività, anche in considerazione del fatto che la richiesta del datore di lavoro rappresenta, al ricorrere dei presupposti, un obbligo per il datore di lavoro (art. 15, comma 4, d. lgs. n. 148/2015), chiamato a indennizzare i lavoratori in caso di omessa richiesta e privato del riferimento all'istituto generale dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Gli stessi enti ispettivi saranno tendenzialmente indotti ad accertare con maggior rigore il comportamento del datore di lavoro che, a fronte di conclamate variazioni del microclima, e dell'inadeguatezze delle misure di prevenzione e protezione, non adotti lo strumento previdenziale offerto dall'ordinamento, che il Ministero del lavoro ritiene doveroso.

Uno strumento che, già prima dell'entrata in vigore delle misure disposte per fronteggiare l'emergenza epidemiologica ed in via generale per tutto il settore industriale, non ha natura eccezionale, né transitoria, essendo ormai pienamente confluito nelle causali che legittimano l'accesso all'integrazione salariale, senza limiti di spesa o di efficacia nel tempo.

6. Critica sulla natura eccezionale e temporanea delle previsioni: il cambiamento climatico quale presupposto delle misure previdenziali eccezionali.

Sui presupposti giuridici esposti si può valutare con maggiore consapevolezza il duplice provvedimento legislativo emergenziale in esame.

Si è detto infatti che le imprese edili, dimostrando di incorrere in eventi oggettivamente inevitabili connessi ad «eccezionali situazioni climatiche, comprese quelle relative a straordinarie ondate di calore», possono eccezionalmente avvalersi dell'esenzione da limiti di durata nonché dal versamento dei contributi addizionali per sospensioni disposte nel periodo dal 1° luglio 2023 al 31 dicembre 2023. E per la stessa finalità di fronteggiare «eccezionali situazioni climatiche», gli operai agricoli a tempo indeterminato possono beneficiare di un trattamento previdenziale sostitutivo anche per sospensioni di mezza giornata di lavoro, effettuate tra il 29 luglio 2023 e il 31 dicembre 2023, non rientranti nel computo dei limiti di novanta giorni annui.

Lo stesso Preambolo del decreto menziona la straordinaria necessità ed urgenza di fronteggiare gli eccezionali eventi climatici dell'anno, con particolare riferimento alle ondate di calore che hanno interessato il Paese nel mese di luglio.

54 S. CAIROLI, *I trattamenti di integrazione salariale nell'emergenza epidemiologica Covid-19*, in S. BELLOMO-A. MARESCA-G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Lavoro e tutele al tempo del Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 125 ss.

La lettura complessiva del costruito legislativo permette di chiarire come le ondate di calore di luglio 2023 siano il punto di riferimento principale del cambiamento climatico, ma che al contempo non solo l'aumento di calore atmosferico estivo, ma l'intero fenomeno del cambiamento climatico in essere rappresenti il presupposto delle misure emergenziali.

Questo spiega l'estensione delle misure sino alla fine dell'anno e non fino al presumibile termine della stagione estiva (es. ottobre), ipotizzando che l'eccezionale aumento delle temperature potesse e possa preludere anche ad altri cambiamenti straordinari, quali ad esempio eccezionali fenomeni di precipitazioni e conseguenti alluvioni o dissesti idrogeologici: ciò che effettivamente si è verificato nella Regione Marche l'anno precedente (settembre 2022) e quest'anno nella Regione Toscana (novembre-dicembre 2023).

Se però il fondamento delle misure è il cambiamento del clima, che contempla anche e non soltanto l'aumento eccezionale delle temperature, allora si deve riconoscere che anche altre imprese e maestranze, non solo in ambito agricolo o edilizio, possono essere interessate dal cambiamento climatico: si può pensare alle aziende commerciali e del turismo-pubblici esercizi, o ancora alle aziende armatoriali di navigazione o ausiliarie dell'armamento e alle compagnie e gruppi portuali. Le aziende operanti in tutti questi settori non rientrano nell'ambito di applicazione dell'integrazione salariale ordinaria e tuttavia potrebbero, per alcuni gruppi di lavoratori, presentare comunque rischi di esposizione dei lavoratori e, quindi, obblighi di sospensione delle attività. E si devono riconoscere anche rischi meteorologici distinti dalle elevate temperature (es. temporali-burrasche, forti venti, nebbia e condizioni di scarsa visibilità, etc.).

Un precedente corrispondente a tale logica di adattamento può individuarsi nella legge di bilancio 2022, che estende da tale anno il trattamento di integrazione per operai agricoli a tempo indeterminato anche alle imprese e ai lavoratori dipendenti imbarcati del settore della pesca marittima e in acque interne e lagunari, compresi i soci lavoratori di cooperative della piccola pesca⁵⁵, con un possibile interrogativo sull'applicabilità delle misure del d.l. n. 98/2023 a tali lavoratori (*infra*, § 9).

Forse non a caso, dunque, le misure eccezionali del decreto n. 98 in commento operano «nelle more della definizione di nuove misure emergenziali»: questa precisazione è pleonastica se riferita a nuovi fenomeni eccezionali, rispetto ai quali l'emanazione del decreto-legge non sarebbe certo ostativa. Ma ove la precisazione fosse riferita all'emergenza in atto, parrebbe evidenziare una sorta di prognosi di inadeguatezza delle misure adottate o,

55 Art. 1, comma 217, legge n. 234/2021. Da notare che per l'anno 2022 il trattamento opera laddove non sia previsto, per il 2022, un apposito trattamento emergenziale (indennità di 30 euro giornalieri per massimo 40 giorni nell'anno) previsto dalla stessa legge di bilancio, sia per i periodi di fermo pesca obbligatorio (art. 1, comma 213), sia per i periodi di fermo non obbligatorio (art. 1, comma 214), e in quest'ultimo caso, tra i presupposti legittimanti la richiesta, il decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 1 del 7 marzo 2023 indica all'art. 3, comma 4, lett. d), le «allerte meteomarine emanate, anche per parte della giornata di pesca, dal Centro Nazionale di Meteorologia e Climatologia Aeronautica (CNMCA) dell'Aeronautica Militare, attraverso avvisi di burrasca diramati dal servizio meteorologico dell'Aeronautica Militare, che hanno comportato il mancato esercizio di alcuna attività di pesca per le giornate indicate».

comunque, una (programmatica) previsione di proroga, estensione o ripetizione delle misure in esame.

Pur non essendo ancora state adottate ulteriori misure né disposte proroghe, è opportuno domandarsi se la predisposizione di stanziamenti emergenziali e di disposizioni temporanee rappresenti l'approccio giuridicamente corretto a un fenomeno - quello delle variazioni climatiche e del connesso aumento di calore atmosferico - ormai da molti ritenuto ormai inesorabilmente avvenuto o comunque in pieno svolgimento.

In particolare, sembra ogni giorno più opportuno interrogarsi sulla ragionevolezza della disciplina generale nella parte in cui continua a escludere il settore dell'edilizia (e affini) dal novero delle imprese beneficiarie delle esenzioni di fronte ad eventi oggettivamente non evitabili. Se un tempo, infatti, l'esclusione poteva giustificarsi proprio in ragione del fatto che solo nel comparto edilizio le intemperie stagionali davano diritto al trattamento di integrazione salariale e, dunque, a più frequenti accessi alle erogazioni, oggi si è appurato che tale distinzione è venuta meno sia per la giurisprudenza, sia per la prassi dell'INPS (§ 3).

In altri termini, non si comprende o almeno sarebbe opportuno discutere del perché, una volta cessata l'efficacia del d.l. n. 98/2023, un'impresa dell'industria, di fronte a ondate di maltempo (ad esempio temperature elevate, piogge particolarmente intense) oggettivamente non evitabili, debba beneficiare dell'esenzione dai limiti di durata del trattamento Cigo, mentre un'impresa del settore edilizio non possa avvalersene.

Ciò si comprende ancor meno ove si consideri che queste misure, come indica la rubrica della norma eccezionale e come indica con crescente insistenza il Ministero del lavoro, sono «misure di tutela dei lavoratori» che, come già osservato (§ 2-3-4-5), non possono essere lette solamente dal punto di vista delle esigenze produttive imprenditoriali, bensì anche e soprattutto da quello della protezione dei lavoratori. Si tratta di una protezione che anche nel testo unico è riconosciuta universalmente in tutti i settori, per tutti i lavoratori almeno subordinati (*infra*, § 9), e per natura non può tollerare riconoscimenti "eccezionali" o "temporanei".

Inquadrata l'evoluzione ormai avvenuta sul piano generale, appare dunque necessario e urgente porre fine a una distinzione di tutele previdenziali divenuta irragionevole, viepiù alla luce del presupposto di protezione della salute sotteso all'intera evoluzione osservata.

7. Sulla necessità di una più chiara identificazione delle soglie di intervento e sull'importanza di linee guida elaborate di concerto con le parti sociali.

Proprio il criterio-guida della tutela della salute dei lavoratori impone una riflessione ulteriore sullo stesso presupposto di eccezionalità del cambiamento climatico, così come sulla natura straordinaria delle ondate di calore.

Si tratta di un presupposto ancora discusso dai climatologi, ma che certamente suscita alcune considerazioni dal punto di vista giuridico.

In primo luogo, sarebbe stato, ma è tuttora opportuno definire meglio lo stesso concetto di eccezionalità, poiché se è vero che il mese di luglio ha registrato su scala mondiale i livelli più alti di sempre in termini di temperature massime, è pur vero che in Italia temperature superiori



a 35 gradi sono un fenomeno climatologico che può essere considerato da tempo tutt'altro che peregrino, soprattutto in certe zone del Paese.

Quest'ultimo aspetto conduce a un secondo rilievo, connesso all'esistenza ormai consolidata di 6 diverse zone climatiche nel territorio nazionale, nelle quali tutte il superamento di una temperatura atmosferica di 35 gradi può indurre certamente a maggiori attenzioni e cautele, ma in ciascuna delle quali, a parità di temperatura, il rischio microclima può porsi in modo differente e imporre risposte distinte, che considerino le medie stagionali di riferimento e dunque il livello di sbalzo.

E se si ha attenzione al microclima, secondo la chiara indicazione del Testo Unico (art. 180 e all. XIV), alle macro zone climatiche dovrebbe sovrapporsi una considerazione specifica, basata non soltanto sulla temperatura, ma anche sui livelli di umidità.

Né, secondo la stessa logica, può essere ignorata una graduazione che, già su un piano generale e non solo all'esito della valutazione dei rischi, distingua i livelli di allerta in base alle caratteristiche di ubicazione del luogo di lavoro (altitudine, esposizione alla ventilazione) o alle caratteristiche dei lavoratori (posto che per età, salute, genere, le soglie di rischio potrebbero essere diverse), lungo le direttrici del resto già tracciate dalla Nota INL 13 luglio 2023, n. 5056.

Sotto questo profilo la contrattazione collettiva potrebbe svolgere una funzione integrativa di notevole importanza, come si osserva già ad esempio in materia di *welfare* aziendale⁵⁶, per individuare le categorie e lavorazioni più esposte all'interno del settore, per la contrattazione categoria, o dell'azienda, per quella aziendale, o ancora per l'elaborazione di valide e aggiornate esemplificazioni di buone pratiche per una gestione integrata dei rischi⁵⁷.

Risulta allora particolarmente opportuna e condivisibile l'unica previsione di portata non transitoria del decreto (art. 3 d.l. n. 98/2023) che per l'adozione di linee guida e procedure concordate per l'attuazione delle previsioni del TUSL in ordine all'esposizione alle variazioni climatiche, attribuisce ai ministeri del lavoro e della salute il compito di favorire e assicurare la convocazione delle parti sociali⁵⁸ al fine di sottoscrivere apposite intese.

Se dunque tale previsione programmatica fosse attuata, la contrattazione collettiva, verosimilmente nazionale, potrebbe fornire a livello di categoria o interconfederale informazioni di più che utile complemento rispetto alle prescrizioni ministeriali.

Più in generale, la crescente connessione tra l'andamento climatico e il microclima dell'ambiente di lavoro, non investe solo la sfera individuale del lavoratore, bensì la collettività dei lavoratori⁵⁹ e questo certamente permette alle organizzazioni sindacali nell'esercitare la

56 S. ROSSI, *Impresa, lavoro, ambiente: le relazioni sindacali sulla questione ambientale*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2024, n. 1, pp. 14-15.

57 Sulla cui importanza v. B. CARUSO, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1997, p. 474 e più di recente A. DI STASI, *Diritto del lavoro, principio di precauzione e sostenibilità ambientale*, cit., p. 216.

58 Nella formulazione originaria dell'articolo, il decreto prevedeva che fosse favorita la stipulazione di intese tra le parti sociali. Nella legge di conversione, si è circoscritto l'impegno dei ministeri alla convocazione, imponendo però agli stessi di assicurarla.

59 R. DEL PUNTA, *Tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, n. 2, p. 157.



funzione tradizionale di autotutela, di andare anche oltre la stessa, lambendo interessi che lambiscono o intersecano l'interesse generale⁶⁰, come potrebbe avvenire attraverso azioni a sostegno della protezione dell'ambiente, anche mediante forme di partecipazione consultiva ed anche oltre il dettato del decreto n. 98: ciò che, sinora, non è dato riscontrare in modo particolarmente significativo⁶¹.

8. Le irragionevoli esclusioni di tutela per gli operai agricoli a tempo determinato

Come è stato rilevato⁶², la disposizione dell'art. 2 è esclusivamente riferita alla Cassa integrazione salariale per operai agricoli (Cisoa) a tempo indeterminato e tuttavia, se il senso della previsione è quello di assicurare tutele straordinarie ai lavoratori contro le eccezionali ondate di calore e variazioni del rischio climatico, non appare del tutto comprensibile l'esclusione da qualsiasi tutela degli operai agricoli a tempo determinato, che peraltro rappresentano il 90% degli operai agricoli⁶³.

Se è vero, infatti, che per tali lavoratori le imprese non godono di tale tutela previdenziale neppure in via ordinaria, è però altrettanto vero che essendo esposti alla precarietà, come in ogni altro settore, si tratta di lavoratori particolarmente bisognosi di protezione, e che ricadrebbero nelle medesime motivazioni di necessità e di urgenza poste alla base del decreto legge n. 98.

Esistono esempi più e meno recenti di simili interventi⁶⁴, già nell'ambito del lavoro agricolo, riscontrabili nella deroga al requisito dell'anzianità lavorativa per l'accesso all'integrazione salariale agricola per calamità naturali⁶⁵, o anche nel lavoro agricolo a tempo determinato, come nel caso delle misure finalizzate a garantire l'accesso al Fondo di solidarietà nazionale di cui all'art. 1 d. lgs. n. 102/2004 a lavoratori a tempo determinato che siano stati per almeno cinque giornate alle dipendenze di imprese agricole in aree colpite da calamità e che abbiano beneficiato di interventi di tale fondo⁶⁶.

Allargando la prospettiva, è possibile fare riferimento all'integrazione salariale "speciale" per Covid-19, ma ancor più all'integrazione salariale straordinaria "in deroga", che in determinati frangenti ha esteso i trattamenti a imprese o soggetti in quel momento di regola esclusi dai trattamenti, come nel 2009-2010 per gli apprendisti e i lavoratori con anzianità inferiore a 90 giorni di effettivo lavoro, o per imprese con un numero di dipendenti inferiore a quello normalmente idoneo a legittimare la richiesta di trattamento.

60 G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 59.

61 A. DI STASI, *op. cit.*, pp. 217-220.

62 E. MASSI, *op. cit.*

63 M. D'ONGHIA, *Le tutele previdenziali dei lavoratori agricoli tra regole speciali e abusi*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2019, pp. 249-50. Si veda anche la dichiarazione del Segretario Generale della Fai-Cisl Onofrio Rota del 27 luglio 2023.

64 Menzionati da E. GHERA-A. GARILLI-D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 568.

65 Art. 21, comma 5, legge n. 223 del 1991, per i soli lavoratori agricoli e salariati fissi a tempo indeterminato.

66 Art. 21, comma 6, legge n. 223 del 1991, come modificato dall'art. 1, comma 65, legge n. 247 del 2007. Cfr. anche il comma 6-bis del medesimo articolo, con previsioni di simile tenore per l'anno 2019.



Questa logica di maggiore attenzione per i lavoratori esposti alla precarietà, alla quale lo stesso legislatore non è alieno neppure in via ordinaria⁶⁷, apre la breccia per interrogativi di portata più estesa.

In primo luogo, nei confronti di imprese e lavoratori esterni al settore industriale e tuttavia meritevoli di protezione rispetto al cambiamento climatico: basti pensare al terziario, in particolare per le figure professionali operanti all'aperto, o al turismo, in particolare in ambito balneare. In questi ambiti, è vero che può operare per tutte le imprese con almeno un dipendente il Fondo di integrazione salariale, erogando l'omonimo assegno per le causali che darebbero titolo all'integrazione ordinaria standard (d. lgs. n. 148/2015, art. 30). È però altrettanto vero che il trattamento non è ancora pienamente equiparabile per durata (art. 29) e ciò può aprire spazi più che legittimi per interventi straordinari di estensione delle tutele previdenziali, viepiù se originati dalla necessità (universale) di tutelare la salute dei lavoratori.

In secondo luogo, se si ha attenzione alla *ratio* strettamente previdenziale, di sostegno al reddito in uno stato di bisogno (per impossibilità temporanea) indotto da eventi non imputabili alle parti, non è escluso ipotizzare in via eccezionale un'estensione delle tutele anche ai lavoratori stagionali, per fronteggiare eventi climatologici straordinari, laddove l'adozione delle misure di sicurezza si rivelasse inadeguata. Quest'ultima precisazione è di importanza vitale per il lavoro stagionale, nel quale sospendere l'attività produttiva in periodi coincidenti con le stagioni di attività significa in sostanza vietare l'attività produttiva stessa.

Di regola, per quanto le contrazioni dell'attività lavorativa collocate in periodi ricorrenti dell'anno, a causa delle caratteristiche del loro processo produttivo, possano essere coperte dall'integrazione salariale, l'INPS non riconosce il trattamento ordinario per il lavoro stagionale, almeno con riferimento ai periodi di non lavoro, ossia esterni alla stagione di lavoro⁶⁸.

E tuttavia non è affatto escluso che in settori interessati dal lavoro stagionale, all'interno della "stagione di lavoro", alcuni eventi climatologici estremi per intensità e/o durata possano determinare una sospensione dell'attività per assicurare la tutela della salute dei lavoratori, con formula assolutamente non imputabile al datore di lavoro, né evitabile: si pensi ad esempio al cameriere che, in un complesso turistico, non possa svolgere l'attività di lavoro in orari diurni per un'ondata straordinaria di calore e umidità, superiore alle soglie di normale tollerabilità. In tali ipotesi, potrebbe facilmente emergere l'inadeguatezza del requisito dell'anzianità lavorativa effettiva minima di 90 giorni (art. 1, comma 2, d. lgs. n. 148/2015) che, in assenza di integrazioni salariali, priverebbe i lavoratori del sostegno al reddito in caso di sospensione.

Un'ultima riflessione si pone con riferimento ai dipendenti del settore della pesca⁶⁹, che come osservato (§ 6) dal 2022 possono accedere alle tutele di integrazione salariale previste per gli operai agricoli a tempo indeterminato. Al riguardo, le previsioni straordinarie del d.l. n. 98

67 Basti pensare all'art. 20 lett. d) d. lgs. n. 81/2015 (già art. 3 d. lgs. n. 368/2001), e alle analoghe previsioni in materia di somministrazione di lavoro e lavoro intermittente.

68 Messaggio INPS n. 2276 del 1° giugno 2017.

69 Art. 8, comma 4, legge n. 457/1972, come introdotto dall'art. 1, comma 217, legge n. 234/2021.



per il secondo semestre 2023 sono riconosciute agli operai agricoli a tempo indeterminato, e i dipendenti della pesca non sono tali.

E tuttavia, negare l'estensione delle misure eccezionali anche a questi ultimi, a fronte di eccezionali situazioni climatiche, rappresenterebbe un'opzione di evidente irragionevolezza in violazione degli artt. 3 e 38 Cost., che deve essere censurata sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

9. L'assenza di previsioni per il lavoro autonomo e le problematiche specifiche per i rider

Allargando ulteriormente la prospettiva all'infuori dell'universo mondo del lavoro subordinato, anche il lavoro autonomo può, nell'esecuzione della prestazione condurre all'esposizione del prestatore ad agenti climatici integranti un rischio e, nella specie, ad elevate temperature del microclima interno o esterno ai locali aziendali, con possibilità di integrare ipotesi di sospensione temporanea della prestazione per impossibilità sopravvenuta.

Per quanto concerne la sicurezza sociale, la disciplina generale non prevede tutele assimilabili a quelle dei lavoratori subordinati, anche per gli agricoli⁷⁰, e possono solo registrarsi misure di sostegno di natura economica per situazioni eccezionali, come avvenuto ad esempio nel 2016 in occasione degli eventi sismici⁷¹, o nel 2018 in conseguenza del crollo del ponte di Genova⁷², o ancora per fronteggiare l'emergenza provocata dagli eventi alluvionali verificatisi dal 1° maggio 2023⁷³: ciò sia per i collaboratori coordinati e continuativi sia per i lavoratori autonomi "puri" e i professionisti. Tali precedenti rendono possibili e non peregrine misure di tutela del reddito per sospensioni di attività di lavoro autonomo determinate da variazioni climatologiche, anche di tipo termico, purché all'occorrenza se ne dimostri l'incidenza diretta sulla sospensione.

Dal punto di vista della sicurezza sul lavoro, invece, l'art. 3 comma 7 TUSL prevede l'estensione delle regole dei lavoratori dipendenti ai collaboratori coordinati e continuativi, ma solo ove la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente. Anche l'art. 26 TUSL impone al committente del prestatore d'opera una serie di adempimenti⁷⁴, che operano solamente nel caso di affidamento di lavori, servizi e forniture all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda, purché il committente abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge la prestazione di lavoro autonomo.

70 A. GATTA, *Previdenza e assistenza in agricoltura*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XI, Utet, Torino, 1995, p. 288 ss.

71 Art. 45, d.l. n. 189/2016 (indennità *una tantum* di 5.000 euro).

72 Art. 4-ter, comma 2, d.l. n. 44/2018, conv. mod. l. n. 109/2018 (indennità *una tantum* di 15.000 euro).

73 Art. 8, d.l. n. 61/2023 (indennità *una tantum* pari a euro 500 per ciascun periodo di sospensione non superiore a quindici giorni e comunque nella misura massima complessiva di euro 3.000).

74 Informativa sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività, cooperazione all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa, coordinamento degli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, valutazione dei rischi interferenziali salve le ipotesi di cui al comma 3 bis del medesimo articolo.



All'infuori di tali presupposti applicativi e dunque per attività svolte in autonomia fuori dai locali aziendali, permangono solamente le laconiche previsioni di cui all'art. 21 TUSL, che essenzialmente consistono in obblighi di autotutela per il lavoratore, con spese per dispositivi di protezione a proprio carico. Qualche dubbio potrebbe porsi sull'esclusione dell'obbligo di valutazione dei rischi in capo al committente, laddove invece il TUSL contempla la valutazione per rischi connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro (art. 28 comma 1, letto in combinato con l'applicabilità del Testo Unico a tutti i lavoratori: art. 2, comma 1), salvo ritenere che tale norma riguardi solo specifiche tipologie di lavoro subordinato.

Tutto cambia nel caso in cui i rapporti di lavoro autonomo e continuativo siano connotati dai requisiti della etero-organizzazione, giacché anche alla luce delle modifiche normative che hanno interessato l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, si dovrà applicare *in toto* la disciplina del lavoro subordinato, quindi tanto il d.lgs. n. 81/2008 quanto l'art. 2087 cod. civ.⁷⁵, quanto le tutele previdenziali⁷⁶, ivi incluse se del caso le previsioni sul trattamento e sull'assegno di integrazione salariale di cui al d. lgs. n. 148/2015.

Entro questo contesto giuridico già altamente polarizzato, si inserisce la peculiare categoria dei *rider*, che *ictu oculi* e a prescindere dalle modalità di esecuzione della prestazione rientrano tra i lavoratori maggiormente esposti alle variazioni meteorologiche e dunque al rischio microclima, peraltro spesso in condizioni di incrementato rischio a causa dello svolgimento della prestazione all'aperto, degli spostamenti continui e dello sforzo fisico dato dal movimento, e che tuttavia non sono stati minimamente presi in considerazione da misure eccezionali di tutela⁷⁷.

Ciononostante, laddove i ciclofattorini prestino attività di lavoro in forma autonoma non connotata dalla continuità della prestazione, dopo l'intervento del d.l. n. 101/2019, gli oneri, non solo economici, ma anche organizzativi, derivanti dall'applicazione dell'art. 21 siano posti integralmente a carico del committente anziché del lavoratore (art. 47-septies, comma 3, d. lgs. n. 81/2015). Grazie alla modifica del 2019, per i *rider* autonomi occasionali

75 Da ultimo Trib. Milano 19 ottobre 2023, n. 3237; ma cfr. già Trib. Firenze 1° aprile 2020, n. 886; Trib. Bologna 14 aprile 2020; Trib. Firenze 5 maggio 2020, tutte in *questionegiustizia.it*, nota G. MUNICCHI che hanno, a seguito del riconoscimento del requisito della etero-organizzazione, ordinato al datore di lavoro di provvedere alla consegna dei dispositivi di protezione individuale.

76 Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, nonché di recente Trib. Milano 19 ottobre 2023, n. 3237, nonostante autorevoli riflessioni dottrinali di senso apertamente contrario, tra le quali v. M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 6, p. 1266; M. CINELLI-P. PARISELLA, *"Ciclofattorini" e previdenza sociale dopo la legge n. 128/2019: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, num. straord., p. 57 ss.; S. CIUCCIOVINO-L. MONTEROSSO, *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della suprema Corte*, *ivi*, pp. 75-6; A. MARESCA, *Coordinazione, organizzazione e disciplina delle collaborazioni continuative*, *ivi*, p. 139; R. PESSI, *Collaborazioni organizzate e tipi contrattuali: tra conferme ricostruttive e nuove problematiche interpretative*, *ivi*, p. 181; dubitativamente già A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP CSDLE.it*, 2015, p. 15 ss. e D. MEZZACAPO, *L'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente*, in *giustiziacivile.com.*, 22 settembre 2015, pp. 19-21.

77 Anche su questo punto, condivisibilmente, E. MASSI, *op. cit.*



quelle che erano autotutele o facoltà nell'art. 21, divengono vere e proprie tutele e si tratta, peraltro, di quelle più rilevanti nonché, forse, delle uniche di fatto possibili, in virtù dell'autonomia e del carattere extra aziendale della prestazione, tra quelle prefigurate dal d.lgs. n. 81/2008. Del resto, se così non fosse non si comprenderebbe neppure il significato dell'inciso «a propria cura e spese» contenuto nell'art. 47-*septies*, co. 3. Tale locuzione opera un chiaro rinvio alla regola di opposto tenore contenuta nell'art. 21, e non avrebbe senso ove fosse rapportato in generale al d.lgs. n. 81/2008, nel cui impianto è invece espressamente previsto (art. 15, comma 2, d.lgs. n. 81/2008), che le tutele relative alla sicurezza, all'igiene ed alla salute durante il lavoro subordinato non debbano in alcun caso gravare sui dipendenti⁷⁸.

Sempre tra le tutele riconosciute a questo particolare sotto-insieme nel mondo dei cicofattorini, è garantito in forza di legge e in via eccezionale rispetto agli altri lavoratori autonomi (47-*quater*) il diritto a un'indennità integrativa del corrispettivo non inferiore al 10 per cento per il lavoro svolto di notte, durante le festività o in condizioni meteorologiche sfavorevoli, determinata dai contratti stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale o, in difetto, da un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali che ancora si attende.

Orbene entro le condizioni metereologiche sfavorevoli che possono dare diritto a maggiorazioni indennitarie (se non anche a misure previdenziali eccezionali) è quanto mai rilevante e urgente che sia ricompresa espressamente l'ipotesi delle elevate temperature oltre a quelle della neve o della pioggia intensa, diversamente da quanto si osserva in alcune previsioni contrattuali, invero dubbie per rappresentatività delle parti negoziali coinvolte⁷⁹.

10. Conclusioni

La trattazione ha permesso di mettere a fuoco il consolidamento di alcuni concetti giuridici, ben prima dell'entrata in vigore delle misure di tutela dei lavoratori contro il cambiamento climatico, grazie alla giurisprudenza e alla prassi degli organi ispettivi dell'amministrazione.

Dal lato della sicurezza sul lavoro, spicca l'emersione del concetto di benessere termico per tutti i lavoratori subordinati, entro il cui prisma si può comprendere l'attenzione crescente alle variazioni di temperatura dell'ambiente di lavoro, nella più articolata accezione di microclima e con particolare riferimento a prestazioni svolte all'aperto. Proprio qui può inserirsi il discorso sul cambiamento climatico, nella misura in cui contribuisca a determinare il superamento di temperature tollerabili la persona che lavoro.

⁷⁸ Sul punto sia consentito rinviare a S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 185-6.

⁷⁹ Clausole che comunque fanno salve altre «condizioni di pericolo oggettivamente riscontrabili» per interrompere il servizio: si fa riferimento agli artt. 10-11 del CCNL Assodelivery-Ugl per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui, svolta da lavoratori autonomi, c.d. rider e dell'omonimo CCNL 1° ottobre 2021, stipulato tra Cnl, Fild Confsal e Fild Ciup. Secondo tali intese per «condizioni meteorologiche sfavorevoli», in attesa di ulteriori specificazioni, si intendono le precipitazioni di pioggia di almeno 2 millimetri l'ora o la neve, come risultante dai dati di un database meteorologico indipendente.



Se in ambito pubblicistico è in corso di discussione la rilevanza di un diritto al clima⁸⁰, in materia di sicurezza sul lavoro è certamente più agevole, riconoscere che il microclima rappresenti un fattore di rischio per la salute, viepiù intesa come stato di benessere, in virtù dell'elaborazione di un regime di protezione differenziato e speciale di cui godono i lavoratori quale è quello della sicurezza nell'ambiente di lavoro⁸¹. Entro tali categorie, infatti, la variazione del microclima è rilevante a prescindere dal fatto che sia determinata da un mutamento climatico o no, o dal fatto che tale mutamento sia eccezionale o no.

Dal lato previdenziale, al contempo, ben prima delle misure legislative del 2023 gli eventi metereologici, anche nel settore industriale e non più solo in quello edile, sono assurti al rango di eventi non imputabili alle parti e come tali idonei a fondare il diritto alla richiesta dell'integrazione salariale ordinaria. Non solo: le imprese industriali possono facilmente qualificare tali eventi sospensivi come oggettivamente inevitabili, con ogni conseguenza in termini di agevolazioni nella fruizione del trattamento e riduzione delle aliquote contributive.

Nell'evoluzione della prassi, finalmente anche le elevate temperature sono pienamente annoverabili entro la categoria degli eventi metereologici, con parametri certi di individuazione (la soglia di 35 gradi, reali o percepiti). E tuttavia proprio questo effetto, durante l'eccezionale calore estivo del 2023, ha evidenziato un paradosso giuridico per cui le imprese del settore edilizio (o affini), più esposte a eventi metereologici non evitabili come quelli dell'aumento di temperatura, non possono godere delle suddette agevolazioni, mentre le imprese industriali possono goderne.

Le misure di tutela dei lavoratori per emergenza climatica del d.l. n. 98/2023 hanno posto rimedio a questa differenziazione ormai divenuta irragionevole, ma solo in via eccezionale e temporanea (per il secondo semestre 2023), con risorse economiche limitate, mentre il problema sembra essere ormai proprio la "regola" di differenziazione cui tale provvedimento tendeva a derogare. Anche i provvedimenti per i lavoratori agricoli non sfuggono a questa logica. Lo stesso concetto di emergenza climatica, non compiutamente definito né limitato all'aumento delle temperature, evoca potenzialità espansive e incertezze interpretative che forse, le intese delle parti sociali ai sensi dell'art. 3 del decreto potranno contribuire a risolvere e ordinare.

Al contempo, altre categorie di imprese e lavoratori evidenziano simili ma ineludibili esigenze di tutela previdenziale, sia nell'ambito del lavoro subordinato, come per le imprese più esposte esposte nelle lavorazioni al rischio microclima ma non beneficiarie dell'integrazione salariale ordinaria, sia all'infuori della subordinazione, come per i ciclofattorini autonomi.

Questa esclusione sembra sempre meno ragionevole ove si prenda coscienza del mutamento del contesto⁸², inteso tanto in senso fenomenologico - ove si consolidino i fenomeni

80 V. per esempio A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

81 Icasticamente descritto nei suoi tratti peculiari da R. DEL PUNTA, *Tutela della sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 152-3.

82 Come sempre sostenuto, già con riferimento all'interpretazione costituzionale, da G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, cit., § 3. Anche con riferimento alla sicurezza sul lavoro si v. C. SMURAGLIA, *Sistema normativo italiano in tema di sicurezza e igiene del lavoro: tentativi di coordinamento e*

metereologici estremi degli ultimi anni - quanto in senso giuridico, in virtù della nuova natura dispiegata da questi strumenti previdenziali di sostegno del reddito per sospensione dell'attività.

L'erogazione dell'integrazione salariale ordinaria per eventi metereologici eccezionali e in specie per un elevato innalzamento di temperatura, infatti, non integra in sé e per sé considerata una misura di sicurezza, e certamente trova la propria *ratio* nello stato di impossibilità oggettiva alla prosecuzione dell'attività e allo scambio di prestazioni di lavoro, indotto dalla necessità di preservare i lavoratori dal rischio microclima.

E tuttavia sarebbe riduttivo ritenere che l'estensione di questi strumenti valga solo a compensare i costi economici della sospensione delle attività e della perdita del reddito per i lavoratori.

L'estensione, in realtà, sembra preordinata a favorire l'utilizzo degli imprenditori della misura di sicurezza della sospensione e dunque a tutelare la salute dei lavoratori, evidenziando una *ratio* inedita rispetto alle altre causali di integrazione salariale, latamente assimilabile a quella dell'integrazione salariale speciale da Covid-19. La previsione di quello strumento emergenziale, infatti, mirava ad evitare che gli imprenditori, posta l'impossibilità di licenziare, fossero indotti a optare per la prosecuzione dell'attività, con rischi per la salute da contatto e contagio per i dipendenti stessi e per la collettività.

La previsione dell'integrazione salariale a fronte di temperature elevate, tanto nelle misure del d.l. n. 98/2023 quanto nella disciplina generale, evidenzia una logica di disincentivo molto simile, tesa a scongiurare che l'imprenditore, esaurite le misure di sicurezza di tipo organizzativo (variazioni turni) o tecnico (dispositivi di protezione individuale), opti per la prosecuzione dell'attività, mettendo a rischio il benessere termico, o l'integrità fisio-psichica o la vita di uno o più lavoratori esposti al calore.

prospettive, in L. GUAGLIANONE- F. MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi tecnologie*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 333 ss.

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'esonerazione; 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 il 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 redistribuzione 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 744², 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 formulazione³) 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 voli⁴ (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 rotta⁵.

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 2019/317⁶, 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 indicate⁷ (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 qualificerebbero 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 Regioni⁹.

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 internazionale¹⁰.

L'attrice ha argomentato che "i voli HEMS sono da considerarsi a tutti gli effetti come voli di ricerca e soccorso" invocando la nota informativa¹¹ 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 Stato).

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 EASA¹², 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 (acronimo *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 applicabile¹⁵.

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 chiarimento¹⁶. 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 EASA¹⁸.

Anche per tali considerazioni, la tesi secondo cui le operazioni HEMS debbano ritenersi 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 aeroportuali¹⁹ 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 paragrafo 1, 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 Capitanie 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 eccezionale 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

CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME: QUALE NORMATIVA APPLICABILE?

Rosaria Costanzo

Abstract: le concessioni di beni demaniali legittimano il concessionario allo svolgimento di un'attività economica in un'area demaniale, con assunzione del relativo rischio operativo, e non vertono su una prestazione di servizi o di lavori affidata dall'ente aggiudicatore; ne deriva, dunque, la loro inclusione tra i contratti attivi, con conseguente parziale esclusione dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, ferma la necessaria applicazione di procedure imparziali e trasparenti e salvi gli auto vincoli eventualmente stabiliti dall'amministrazione nella selezione del concessionario (Consiglio di Stato, sez. VII, 5 gennaio 2024, sent. n. 225).

Abstract: state Concessions ("Concessioni demaniali") entitle the concessionaire to carry out an economic activity in a state-owned area, with the assumption of the related operational risk, and do not relate to a supply of services or works entrusted by the contracting entity. It follows, therefore, that they are included among active contracts ("contratti attivi") with consequent partial exclusion from the scope of the Code of Public Contracts. This is without prejudice to the necessary application of impartial and transparent procedures, and without prejudice to any self-imposed constraints established by the administration in the selection of the dealer (Council of State, sec. VII, 5 January 2024, sent. no. 225).

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La normativa applicabile secondo la giurisprudenza amministrativa. - 3. Conclusioni.

1. Premessa

La questione delle concessioni balneari¹ è tema di grande attualità che impegna governo, operatori del settore e giuristi.

Come noto, l'inizio della storia risale alla direttiva Bolkestein² che condiziona il rilascio da parte delle autorità competenti di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi, limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali (o delle capacità

1 La concessione dei beni demaniali marittimi per la gestione di stabilimenti balneari è prevista dalla lett. a) dall'art. 1 del Decreto-Legge n. 400/1993, convertito con modificazioni dalla L. 04 dicembre 1993, n. 494.

2 Cfr. direttiva europea 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, art. 12, paragrafi 1 e 2, relativa ai servizi del mercato interno e art. 49 del T.F.U.E. sulla libertà di stabilimento dei cittadini in uno Stato membro.



tecniche disponibili), a procedure di selezione che offrano garanzie di trasparenza e di imparzialità tra i candidati potenziali. L'autorizzazione deve essere rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

La direttiva, attuata in Italia con il D. Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, è stata, tuttavia, disattesa e lo Stato ha prorogato con legge le concessioni demaniali in scadenza allo scopo di evitare procedure di infrazione da parte dell'Unione Europea³.

Con legge n. 145/2018⁴ è stata disposta un'ulteriore proroga delle concessioni demaniali in vigore fino al 31 dicembre 2033 che ha determinato uno stato di incertezza tra gli operatori interessati e le pubbliche amministrazioni, generando un fiorente contenzioso giudiziario.

Sulla illegittimità della estensione al 2033, ponendo fini ai profondi contrasti emersi nella giurisprudenza amministrativa⁵, si è definitivamente pronunciato il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria con la sent. n. 18/2021, affermandone la contrarietà al diritto europeo.

I Giudici di Palazzo Spada, inoltre, al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che sarebbe derivato da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni, nonché di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predisponessero le procedure di gara richieste, in attesa di un riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, hanno ritenuto di mantenere l'efficacia delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023.

Sono state, altresì, respinte tutte le motivazioni addotte dagli interessati a sostegno dell'esclusione dalle gare pubbliche (non scarsità di risorsa⁶, mancanza di interesse transfrontaliero, non-autoesecutività della direttiva europea Bolkestein). Con l'obiettivo di

3 Sulla necessaria applicazione della direttiva europea negli Stati membri è anche intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. V, che con la sentenza 14 luglio 2016 -con funzione interpretativa e perciò vincolante- giudicando su due casi di proroghe di concessioni demaniali tra il 2014 e 2015, rimessi dal Giudice amministrativo stante il contrasto con la legislazione nazionale, ha formulato, *inter alia*, il principio secondo cui "l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo".

4 Cfr. art. 1 commi 682 e 683 della citata legge.

5 A sostegno della illegittimità della proroga al 2033 delle concessioni in scadenza per contrasto con il diritto dell'Unione, si segnalano, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 1342 del 5 marzo 2018, TAR Campania – Sezione Salerno, sent. n. 265 del 29/01/2021, TAR Sicilia – Sezione Catania con sentenza n. 504 del 15/02/2021. Di segno opposto, Cons. di Stato, sez. V, sentenze dalla n. 7251 alla 7258 del 2019 con le quali è stata dichiarata "l'improcedibilità" degli appelli promossi da un comune per l'intervenuta Legge 145/2018 che ha disposto, *ex lege*, la proroga delle concessioni demaniali in vigore fino al 31 dicembre 2033. Il TAR Puglia, Sez. Lecce sent. n. 603/2021, ha affermato la natura non *self executing* della direttiva servizi con conseguente non immediata applicabilità della stessa in assenza di una normativa nazionale di attuazione.

6 Secondo tale tesi, dal momento che gli articoli 11 e 12 della direttiva prevedono le gare solo in caso di "scarsità della risorsa naturale", essa non troverebbe applicazione per le spiagge italiane attese la non scarsità di aree costiere e spiagge.



uniformare la normativa interna al diritto europeo, si arriva quindi alla Legge 5 agosto 2022, n. 118 che ha statuito la scadenza delle concessioni balneari al 31 dicembre 2023 e, in presenza di “ragioni oggettive” che impediscano la conclusione delle procedure selettive entro tale data, al 31 dicembre 2024.

In mancanza dei relativi decreti attuativi ivi previsti che il Governo avrebbe dovuto adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge⁷, con il decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, (“decreto milleproroghe” 2023, convertito con Legge 24 febbraio 2023, n. 14) la scadenza delle concessioni è slittata al 31 dicembre 2024 con possibilità di un ulteriore anno di deroga, fino a non oltre il 31 dicembre 2025, per le amministrazioni comunali che dovessero riscontrare difficoltà oggettive. Fino a tale data, le concessioni continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori.

In conseguenza di ciò, il 16 novembre 2023 la Commissione europea, con l’adozione di parere motivato, ha proseguito la procedura di infrazione contro l’Italia sulle concessioni balneari già avviata il 4 dicembre del 2020 con la lettera di messa in mora. Bruxelles contesta all’Italia il mancato rispetto della direttiva Bolkestein, rimarcando come il “decreto milleproroghe”, con il rinvio di un anno delle gare, si configuri come un rinnovo automatico delle concessioni esistenti agli stessi titolari, ponendosi in contrasto col diritto europeo.

L’Italia, si apprende dai giornali⁸, ha risposto chiedendo più tempo con l’obiettivo di definire i criteri sulla “non scarsità del bene” e varare “una norma di riordino che consenta di mettere ordine alla giungla di interventi e pronunciamenti che si sono susseguiti”.

Occorrerà attendere le valutazioni della Commissione riguardo alla congruità delle motivazioni fornite per scongiurare il rischio di un ricorso per inadempimento davanti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea⁹.

2. La normativa applicabile secondo la giurisprudenza amministrativa

Chiariti i termini della vicenda, v’è da domandarsi quale sia la normativa di riferimento per le procedure di selezione dei candidati richiedenti il titolo concessorio e, in particolare, se per esse trovi applicazione il D. Lgs. n. 36 del 2023 (Codice dei contratti pubblici).

Secondo l’indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa, le procedure che concernono le concessioni demaniali marittime sono regolate dalla normativa speciale del Codice della navigazione, dal relativo regolamento e dalle altre norme di legge pertinenti; pertanto, il Codice dei contratti pubblici non trova applicazione (fatto salvo quanto si dirà oltre).

⁷ Tali decreti sono volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive al fine di assicurare un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio marittimo, lacuale e fluviale (art. 4, comma 1).

⁸ Cfr.: “Balneari, la Ue ha ricevuto la lettera dell’Italia con la risposta del governo ai rilievi” di Nicola Barone, pubblicato il 16 gennaio 2024, <https://www.ilsole24ore.com/art/balneari-entro-stasera-risposta-dell-italia-ue-che-cosa-aspettarsi-AFhaluLC>.

⁹ Cfr. art. 258 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, par. 2.



A tal riguardo, proprio di recente, è intervenuto il Consiglio di Stato con la sentenza n. 225/2024 del 5 gennaio 2024. Il ricorso era stato proposto in prime cure avverso gli atti con cui la Regione Sardegna, all'esito di procedura a evidenza pubblica, aveva aggiudicato in favore di un Comune una concessione demaniale marittima con finalità turistico ricreativa, finalizzata alla ristrutturazione, gestione e manutenzione del pontile, ai sensi dell'art. 36 Cod. Nav.¹⁰ Il Collegio con la sentenza gravata, da un lato, aveva escluso la qualificazione della procedura come appalto di lavori con conseguente inapplicabilità della disciplina del codice dei contratti pubblici, dall'altro, aveva ritenuto piuttosto che venisse in rilievo un affidamento in concessione del bene demaniale a tenore dell'articolo 36 Cod. Nav.

In linea con le motivazioni espresse dal primo giudice, è stato chiarito in sede d'appello che la procedura in contestazione si configura come concessione di beni demaniali, a nulla rilevando la previsione della esecuzione di lavori che sono strettamente correlati alla gestione del bene e alla relativa manutenzione e valorizzazione, attività, queste, che costituiscono un contenuto tipico del rapporto concessorio. Infatti, precisano i Giudici di Palazzo Spada, *“le concessioni di beni demaniali, legittimano il concessionario allo svolgimento di un'attività economica in un'area demaniale, con assunzione del relativo rischio operativo, e non vertono su una prestazione di servizi o di lavori affidata dall'ente aggiudicatore; ne deriva, dunque, la loro inclusione tra i contratti attivi, con conseguente esclusione dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, ferma la necessaria applicazione di procedure imparziali e trasparenti e salvi gli auto-vincoli eventualmente stabiliti dall'amministrazione nella selezione del concessionario”*¹¹.

Nello stesso senso, in considerazione di alcuni importanti principi affermati in argomento, si segnala un pronunciamento del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana¹².

La vicenda riguardava il rilascio di una concessione demaniale marittima ex art. 36 Cod. Nav. per il mantenimento di un impianto di distribuzione carburanti. A conclusione della procedura comparativa svoltasi ai sensi dell'art. 37, comma 3 Cod. Nav. (licitazione privata) le due società interessate impugnavano innanzi al TAR Catania i reciproci provvedimenti

10 L'art. 36 (Concessione di beni demaniali) prevede che *“l'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo”*.

A norma del successivo art. 37 (Concorso di più domande di concessione) *“nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico”*.

Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata”.

11 Di diverso avviso il TAR Friuli-Venezia Giulia (sent. n. 235/ 2017) che ha avuto modo di precisare come la disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici trovi comunque applicazione anche per le procedure di concessione dei beni demaniali marittimi proprio in osservanza dei principi comunitari di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità.

12 Cfr. CGARS, sentenza n.350/2023.



di ammissione del progetto lamentando, *inter alia*, la violazione del codice dei contratti pubblici.

In proposito, a seguito di impugnazione della sentenza da entrambe le parti, il Giudice d'appello ha tuttavia precisato che **non sussiste un obbligo di legge di procedere all'affidamento delle concessioni demaniali marittime nelle forme tipiche delle procedure ad evidenza pubblica previste per i contratti d'appalto della pubblica amministrazione**. L'assenza di tale obbligo è dovuta al fatto che l'art. 37 Cod. Nav. contempla l'ipotesi di una domanda che perviene dal mercato privato, al contrario dell'ipotesi dei contratti pubblici, in cui è l'amministrazione a rivolgersi a quest'ultimo¹³. È indispensabile unicamente che il procedimento informale di cui agli artt. 37 Cod. Nav. e 18 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione (D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328)¹⁴ si svolga con modalità idonee a soddisfare gli obblighi di trasparenza, imparzialità e *par condicio*, rendendo effettivo il confronto fra le istanze in comparazione e, quindi, le *chances* concorrenziali delle nuove imprese contendenti.

Nel caso di specie, pertanto, continua il Collegio, non era necessario predisporre un apposito bando poiché il complessivo *iter* del procedimento e la lettera con cui è stata indetta la procedura prevista dal comma 3 dell'art. 37 Cod. Nav. devono reputarsi idonei a garantire un'adeguata pubblicità ed una soddisfacente situazione concorrenziale.

Ancora sul punto valga richiamare -per il particolare rilievo dei chiarimenti forniti in ordine alla portata dei principi di pubblicità e trasparenza delle procedure volte al rilascio delle concessioni demaniali- l'orientamento del TAR Campania¹⁵.

La parte ricorrente aveva impugnato gli atti relativi a una concessione demaniale, lamentando il mancato esperimento della procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi sanciti anche in ambito comunitario. Fondamentalmente, veniva contestata l'idoneità della procedura esperita dal Comune, in conformità all'art. 18 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione e dell'art. 36 Cod. Nav. ai fini del rilascio della

13 Nel medesimo senso cfr. Cons. di Stato, sentenza n. 688/2017; Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2020, sent. n. 7837. Con sentenza n. 5765/2009 il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel caso delle concessioni demaniali marittime, gli obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della *par conditio* di matrice comunitaria, siano soddisfatti attraverso "un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza, in vista del loro rinnovo in favore del migliore offerente", così come "da un accresciuto onere istruttorio in ambito sia procedimentale che motivazionale (in sede di provvedimento finale)". In particolare, l'onere della pubblicità verrebbe assolto dalla pubblica amministrazione mediante la preventiva pubblicazione di una o più istanze concessorie, così come previsto dall'articolo 18 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione, nonché nella eventuale successiva procedura di comparazione, finalizzata alla selezione del concessionario sulla base del criterio guida della più proficua utilizzazione del bene pubblico, delle stesse domande concessorie.

14 L'art. 18 (Pubblicazione della domanda) regola le modalità e la durata della pubblicazione della domanda di concessione, al fine di consentire ai terzi interessati di prenderne cognizione, formulare le osservazioni ritenute opportune entro il termine indicato nel provvedimento che ordina la pubblicazione (e che l'autorità decidente ha l'obbligo di valutare, dandone conto nella motivazione del provvedimento finale) ed, eventualmente, presentare domande concorrenti.

15 Tar Campania, Napoli, Sez. VII, sent. n. 3082 del 10 maggio 2021.



concessione demaniale avversata. Era stata ritenuta insufficiente la sola pubblicazione dell'avviso ex art. 18 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione sull'albo pretorio comunale e sul sito internet del Comune e dell'Ufficio Demaniale e non anche sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana nonché sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea e su più quotidiani a tiratura nazionale, al fine di assicurare la trasparenza e la *par condicio* dei soggetti operanti nel mercato¹⁶.

Chiarisce il TAR che la pubblicità-avviso richiesta dal Regolamento, nella *ratio* della predetta fonte, applicabile in via generale a tutte le concessioni di beni del demanio marittimo, assume la duplice funzione di avviso *ad opponendum* e di sollecitazione di offerte. Solo in caso di pluralità di domande di concessione l'Autorità concedente ha la facoltà di scegliere direttamente, previa comparazione delle richieste, il candidato che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione e, solo se non ricorrano ragioni di preferenza, di procedere a pubblica gara o a licitazione privata.

Il Collegio ribadisce che le autorità competenti sono tenute ad avviare una procedura di selezione, ispirata ai principi di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, diretta ad individuare la proposta di gestione dell'area demaniale marittima maggiormente corrispondente allo specifico interesse pubblico che, per le caratteristiche particolari dell'area concedibile, sia utilmente perseguibile.

Il rilascio di una concessione demaniale marittima per finalità turistico – ricreative avviene all'esito della procedura prevista dagli artt. 36 e 37 del Codice della navigazione e dell'art. 18 del Regolamento di esecuzione del Codice della navigazione. La giurisprudenza ha riconosciuto il carattere comparativo della procedura¹⁷ che, in quanto tale, impone l'adozione di specifiche misure volte a garantire un effettivo confronto concorrenziale mediante forme idonee di pubblicità.

I Giudici amministrativi hanno ritenuto che tali esigenze di pubblicità e trasparenza, nel caso di specie, fossero rimaste soddisfatte concludendo, conseguentemente, di non ravvisare vizi nella procedura esperita dall'amministrazione concedente ai fini del rilascio della concessione. Infatti, le diverse forme della pubblicazione invocate dalla società ricorrente sono previste nel Codice dei contratti pubblici che, in linea con un orientamento

16 Secondo il Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione, chiunque intenda occupare per qualsiasi uso zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime deve presentare domanda (art. 5 D.P.R. 328/1952). Lo stesso regolamento (art. 18) stabilisce poi che *"quando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, il capo del compartimento ordina la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunci legali della provincia"*. Si precisa, che con la legge n. 340/2000 i F.A.L. sono stati aboliti. La stessa legge ha però stabilito la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale in sostituzione della pubblicazione nel F.A.L. laddove quest'ultima fosse prevista da specifiche disposizioni normative quale unica forma di pubblicità).

17 Si cfr. a riguardo Cons. Stato, sez. V, 17.01.2020 sent. n. 431 e giurisprudenza ivi citata: Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, sent. n. 7874; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2018, sent. n. 2622; sez. VI, 12 febbraio 2018, sent. n. 873; sez. VI, 31 gennaio 2017, sent. n. 394; Adunanza plenaria 25 febbraio 2013, sent. n. 5; sez. V, 23 novembre 2016, sent. n. 4911; sez. VI, 7 marzo 2016, sent. n. 889; sez. VI, 21 maggio 2009, sent. n. 3145; sez. VI, 23 luglio 2008, sent. n. 3642.



giurisprudenziale consolidato, non trovano completa applicazione per le procedure afferenti alle **concessioni demaniali marittime** «*le quali rientrano nei contratti attivi, avendo come causa giuridica l'uso particolare di un'area demaniale dietro pagamento di un canone di concessione, e che restano regolate dalla disciplina speciale data dal codice della navigazione, dal relativo regolamento e dalle altre norme di legge relative al regime delle stesse concessioni*»¹⁸.

3. Conclusioni

Le conclusioni alle quali è approdata la giurisprudenza richiamata trovano sostegno normativo proprio nel Codice dei contratti pubblici. Già il Codice De Lise (D. Lgs. 50/2016) prevedeva che per i contratti attivi (vale a dire, quelli che comportano per il soggetto aggiudicatore l'incameramento di risorse, incluse dunque le concessioni marittime demaniali) esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice, l'affidamento avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (art. 4).

Il nuovo Codice dei Contratti pubblici (D. Lgs. n. 36/2023) stabilisce che le disposizioni del codice non si applicano, *inter alia*, ai **contratti attivi** anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto (cfr. comma 2 dell'art. 13). Il successivo comma 5 dispone che i contratti di cui al comma 2 (tra i quali quelli attivi) che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene **tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3**, ovverossia del risultato, della fiducia, dell'accesso al mercato.

Ne consegue che le concessioni di beni pubblici, ivi incluse, per quanto d'interesse, quelle afferenti ai beni del demanio marittimo, essendo riconducibili (come chiarito dalla giurisprudenza sopra citata) all'ambito dei contratti attivi, devono essere affidate nel rispetto dei summenzionati principi unionali mediante procedure comparative.

Il quadro normativo ricostruito porta a concludere nel senso che la complessiva struttura della procedura prevista dalla normativa speciale del Codice della navigazione, sebbene meno rigida rispetto alle procedure disciplinate nel codice dei contratti, ove applicata alla luce del contributo esegetico fornito dalla giurisprudenza, possa superare il vaglio dei principi euro unitari a presidio dei quali si pone la Direttiva Bolkestein.

L'adozione di idonei strumenti di pubblicità delle istanze ex art. 18 del Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione costituisce un atto prodromico a successive, ma solamente eventuali, determinazioni delle autorità concedenti, che potrebbero generarsi dalle istanze presentate dai soggetti interessati. Trascorso il termine fissato nell'avviso pubblicato - con modalità che garantiscano il diritto di concorrenza- per la proposizione di eventuali opposizioni e la presentazione di domande concorrenti, le amministrazioni possono decidere di dare ulteriore corso al procedimento amministrativo, disponendo, nel caso, una procedura selettiva tra i soli soggetti che presentino istanza concorrente.

Da tutto quanto sopra, non deriverebbe necessariamente un impedimento al rilascio della concessione a favore della società richiedente atteso che, da un lato, potrebbero mancare domande concorrenti da parte di terzi (e, quindi, mancare del tutto una procedura selettiva) e,

¹⁸ Cfr. Tar Toscana, sentenza n. 822/2015.



dall'altro, l'eventuale procedura selettiva potrebbe ipoteticamente concludersi con l'assegnazione della stessa in capo all'attuale titolare. Peraltro, come rilevato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 225/2024, dalla inclusione delle concessioni demaniali nell'ambito dei contratti attivi deriva una *"maggiore libertà economica del concessionario di determinare nella propria offerta le condizioni di gestione imprenditoriale e di uso del bene pubblico"*. Inoltre, le previsioni dell'art. 37 Cod. Nav., che espressamente stabilisce, nel caso di più domande concorrenti, la preferenza per il richiedente che *"offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico"*, consentirebbero la possibilità di inserire elementi migliorativi dell'offerta¹⁹.

In tale contesto, l'introduzione di misure idonee a garantire elevati standard di sostenibilità ambientale aiuterebbe a orientare le amministrazioni nella scelta del migliore contraente. Nondimeno, allo stato, si è creata una situazione di *impasse* riguardo ai titoli concessori in scadenza con le pubbliche amministrazioni a causa del "blocco" delle gare statuito dalla Legge n. 118/2022. Infatti, fino all'adozione dei decreti delegati è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni (art. 4, comma 4 bis).

In altre parole, a oggi, un'eventuale richiesta di avvio della procedura di selezione su iniziativa del privato ai sensi dell'art. 18 del Regolamento per l'esecuzione del Codice per la navigazione pare risultare destinata al rigetto in sede amministrativa e giurisdizionale in quanto, alla luce del combinato disposto delle predette norme deve ritenersi che, in mancanza dei decreti legislativi in parola, i Comuni non possano avviare la procedura concorrenziale richiesta dagli interessati²⁰. A sommosso avviso della scrivente, anche a volere percorrere la tesi dell'inapplicabilità della direttiva servizi alle concessioni demaniali marittime (per la non scarsità delle coste italiane) rimane il fatto che le stesse, essendo comunque riconducibili alla categoria dei contratti attivi, non possono in ogni caso sottrarsi ai principi enucleati negli artt. 1-3 del Codice dei contratti pubblici tra cui, in particolare, quello posto a garanzia dell'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità²¹.

19 Cfr. Consiglio di Stato sent. n. 225/2024, cit.

20 In tal senso ha concluso il TAR per la Puglia, Lecce, Sez. I con sentenza 21 aprile 2023 n. 523.

21 A riguardo, si evidenzia che l'applicazione del principio del libero accesso al mercato ai contratti attivi era già previsto nel regolamento di contabilità di stato secondo cui, ai sensi, dell' art. 3 comma 1 R.D. 2440/1923 *"i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata"*. In corrispondenza, stabilisce l'art. 37 R.D. 23 maggio 1924 n. 827 – Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato *"Tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti ... ommississ..."*.



Si intende dire che il vero tema del dibattito dovrebbe ormai spostarsi su un piano differente, incentrato non più sulla necessità o meno di dover ricorrere a procedure di gara bensì sulla definizione delle regole per poterle esperire (volte a stabilire, ad esempio, i requisiti di partecipazione, i criteri qualitativi, sociali e ambientali ai fini della valutazione delle offerte, la durata dei titoli, i criteri per il calcolo di eventuali indennizzi in caso di mancata riassegnazione della concessione).

FOCUS

PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA. LA RIQUALIFICAZIONE DEI “SITI ORFANI”

Giovanni Savarese*

Sommario. Scopo del presente contributo è analizzare la misura M2C4 Investimento 3.4 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano che attiene ad interventi di caratterizzazione, bonifica, messa in sicurezza e riqualificazione dei c.d. “siti orfani”. Lo studio analizza la magnitudo territoriale ed economica degli investimenti e il rapporto tra il “Piano di Azione” ministeriale e il l’andamento nel raggiungimento degli obiettivi di riferimento presi dallo Stato Italiano con la Commissione Europea, alla luce dello stato di fatto ricostruito in modo analitico dall’Autore. Inoltre, il presente lavoro offre degli spunti di riflessione sulle modalità di attestazione dell’avvenuto raggiungimento degli obiettivi di “riqualificazione” convenuti con la Commissione Europea. Poiché il finanziamento di 500.000.000 € rappresenta uno dei più importanti negli ultimi decenni in tema, gli spunti sviluppati cercano di offrire un approccio funzionale all’obiettivo.

Parole chiave: ambiente, PNRR, suolo, bonifica, procedure amministrative.

Abstract. *The purpose of this contribution is to analyze the M2C4 investment measure 3.4 of the Italian National Recovery and Resilience Plan which concerns characterization, remediation, and redevelopment of the so-called “orphan sites”. The study analyzes the territorial and economic magnitude of the investments and the relationship between the ministerial “Action Plan” and the achievement of the reference objectives taken by the Italian State with the European Commission, considering the reported situation.*

Key word: *environment, PNRR, soil, remediation, administrative procedures.*

SOMMARIO. – 1. Premessa. – 2. Introduzione al tema e stato dell’arte. – 3. Presentazione delle Conclusioni. – 4. Milestone M2C4-24 Quadro Giuridico. – 5. Target M2C4-25 Riqualificazione. – 5.1. Sulle matrici ambientali oggetto degli interventi. – 5.2. Sul meccanismo di versamento delle risorse EU. – 5.3. Sulla “superficie del suolo dei siti orfani”. – 5.3. Sulla “avvenuta riqualificazione” e quindi sugli interventi.

* Geologo con esperienza decennale in tema di bonifiche di siti contaminati maturata in primarie società di consulenza in ingegneria ambientale oggi opera presso la pubblica amministrazione è autore di numerose pubblicazioni sulla materia. È membro del Comitato Tecnico Scientifico di Remtech Expo ed è stato Consigliere dell’Ordine dei Geologi del Lazio e coordinatore della Commissione Ambiente. È certificato *Project Manager* certificato PMP® presso il *Project Management Institute* americano.



1. Premessa

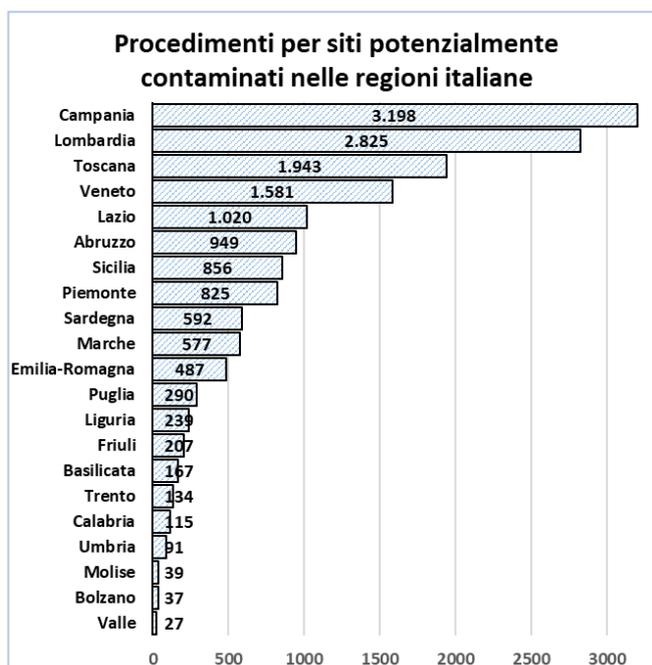
I c.d. “siti orfani” sono una parte del più grande insieme dei “siti potenzialmente contaminati”.

Per “sito potenzialmente contaminato” si fa riferimento, tra gli altri aspetti, a un sito nel quale a causa di fenomeni in grado di incidere negativamente sulla qualità ambientale del suolo e sottosuolo si è attivato un procedimento amministrativo e tecnico secondo i dettami del Codice dell’Ambiente D.Lgs. 152/06 Parte IV Titolo V.

Sulla base delle competenze nella conduzione dell’iter amministrativo si possono individuare due macro-tipologie di riferimento:

- I “siti di interesse nazionale”, perimetrazione di aree con caratteristiche di diffusa e persistente compromissione delle matrici ambientali. Oggi in numero pari a 42 (circa 150.000 ettari a terra), sono di competenza del Ministero dell’Ambiente. All’interno delle perimetrazione il ministero cura sia le azioni necessarie per il risanamento a scala di area vasta sia che i singoli procedimenti per potenziali contaminazioni sopraggiunte e/o puntuali.

- I siti ordinari, oggi pari a circa 35.000, siti con una potenziale o acclarata contaminazione relativamente più circoscritta nei quali la competenza normativa è riconosciuta alle Regioni che possono delegare i Comuni. Di questi siti, circa 16.199 hanno ancora una procedura in corso volta ad accertare, ad opera del responsabile della contaminazione o della pubblica autorità se questo non interviene, il fenomeno di contaminazione e/o ad individuare e attuare interventi di messa in sicurezza o bonifica eventualmente necessari.



Come detto in questo insieme così costituito sono definiti “orfani” i siti potenzialmente contaminati nei quali il responsabile non provvedere all’esecuzione degli interventi di caratterizzazione ed eventuale bonifica o messa in sicurezza. Non esiste un censimento nazionale completo.



Con Decreto 29 dicembre 2020 del Ministero dell' Ambiente è stato finanziato un programma nazionale per la bonifica di tali "siti orfani" con una previsione di risorse pari a circa 100.000.000 €. Sulla base degli accordi sottoscritti tra Ministero e Regioni fu stilata una lista di 75 "siti orfani" con annesso piano di finanziamento e attuazione degli interventi. Il programma di finanziamento cessa la sua operatività nel 2024.

A questo programma nazionale si aggiunge la previsione di finanziamento per la riqualificazione dei "siti orfani" con risorse aggiuntive e con modalità specifiche come nel seguito illustrato.



2. Introduzione al tema e stato dell'arte

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza per l'Italia (PNRR), approvato con decisione di esecuzione del 13 luglio 2021 del Consiglio dell'Unione europea prevede lo stanziamento di 500 milioni di Euro (investimento M2C4-3.4 "Bonifica del suolo dei siti orfani") da destinare alla riqualificazione dei siti orfani con l'obiettivo di ridurre l'occupazione del terreno e migliorare il risanamento urbano. I traguardi da raggiungere sono:

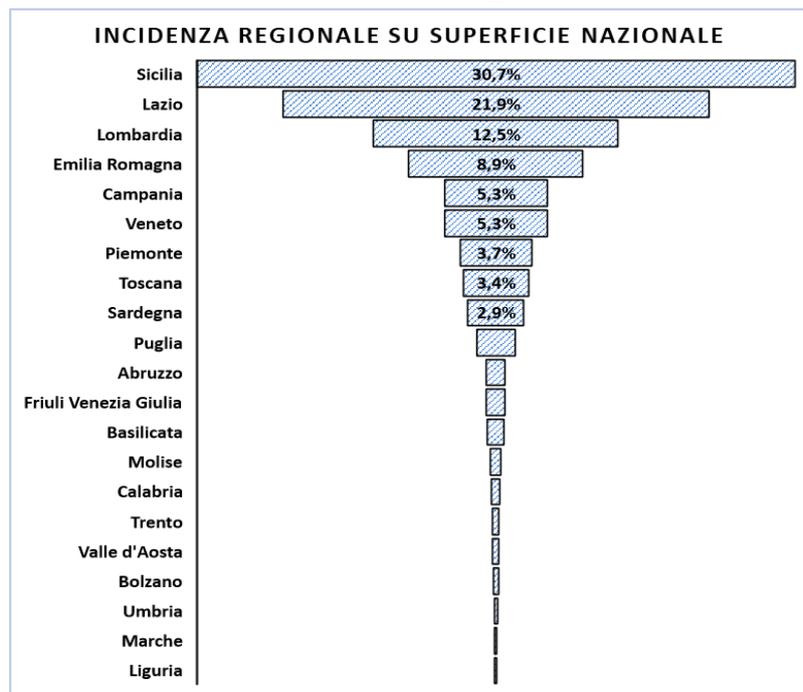
1) *Milestone* M2C4-24 Definizione di un **quadro giuridico** per la bonifica dei siti orfani e identificazione dei siti stessi.

2) *Target* M2C4-25 Riqualificazione di almeno il **70% della somma di tutte le superficie** dei siti orfani.

Il primo obiettivo è stato raggiunto. Il secondo è *in progress*. In particolare, le procedure si sviluppano su due livelli. Il primo è la stipula dell'accordo per l'attuazione degli interventi tra Ministero dell'Ambiente, i Soggetti Attuatori (le Regioni o le Province autonome) e i Soggetti attuatori esterni (i Comuni o altri soggetti pubblici). Il secondo è, sulla base dell'accordo che definisce le modalità di attuazione, le responsabilità e il cronoprogramma, quello del raggiungimento del target tramite la realizzazione degli interventi. La scadenza prefissata è al 31 marzo 2026.

I **siti orfani** oggetto di investimento PNRR sono in **numero pari a 152** distribuiti su tutto il territorio nazionale e per una **superficie complessiva pari a 810 ettari**. Per avere un confronto, paragonabile a tutta l'estensione del SIN di Gela o del SIN Napoli Orientale. Le elaborazioni grafiche che seguono sono a cura dell'Autore.

La distribuzione sul territorio nazionale delle superfici è decisamente disomogenea.



Questo aspetto è rilevante perché si deve tenere presente che **l'obiettivo del 70% previsto** per il conseguimento del finanziamento PNRR è **computato a livello nazionale**.

Si noti che 3 regioni concentrano il 63% della superficie totale.

Se ipoteticamente queste regioni dovessero concentrare inefficienze particolari il loro peso potrebbe "affossare" lo sforzo fatto dalle altre.

Se il quadro giuridico definito dal Piano di Azione è stato adottato nel mese di agosto 2022 la **stipula dell'accordo** per l'attuazione degli interventi tra Ministero dell'Ambiente, Soggetti Attuatori (le Regioni o le Province autonome) e Soggetti attuatori esterni (i Comuni o altri soggetti pubblici) è **iniziata successivamente**. Il primo accordo è stato siglato con Regione Umbria nel settembre 2023 ed il più recente è del gennaio 2024 con Regione Lazio.

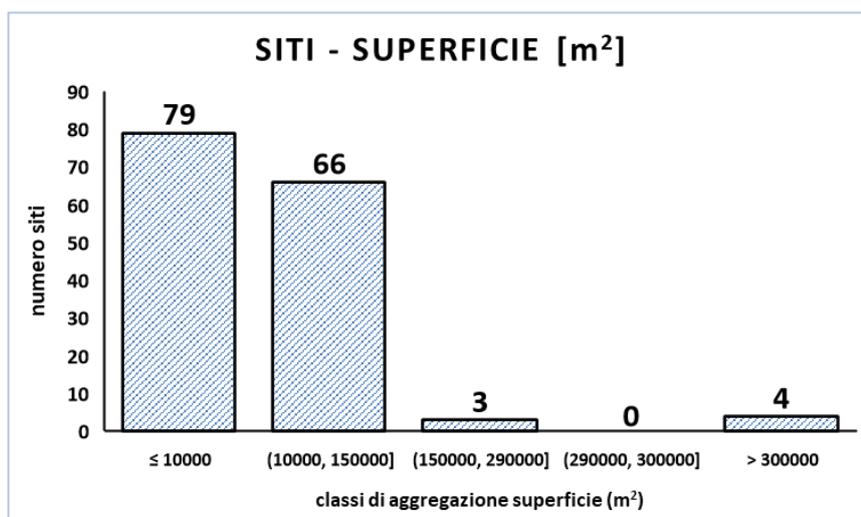


Mancano diverse regioni (10) le quali hanno nel proprio territorio **siti orfani la cui superficie complessiva pesa il 58%** del valore nazionale.

Sono stati sottoscritti accordi per 68 siti orfani, quindi, al momento, la milestone interna **"approvazione di 90 progetti"** entro giugno 2024 sembra **difficilmente raggiungibile**. Sulla base dei cronoprogrammi che accompagnano gli accordi, è possibile giungere ad un **massimo a 48 progetti** approvati.



I più grandi siti sono il primo in Sicilia (Gela – 2,1 ettari), il secondo nel Lazio (Graffignano – 1,4 ettari) e il terzo in Emilia Romagna (Spilamberto – 0,5 ettari) mentre **gli ultimi tre** sono il primo in Lombardia

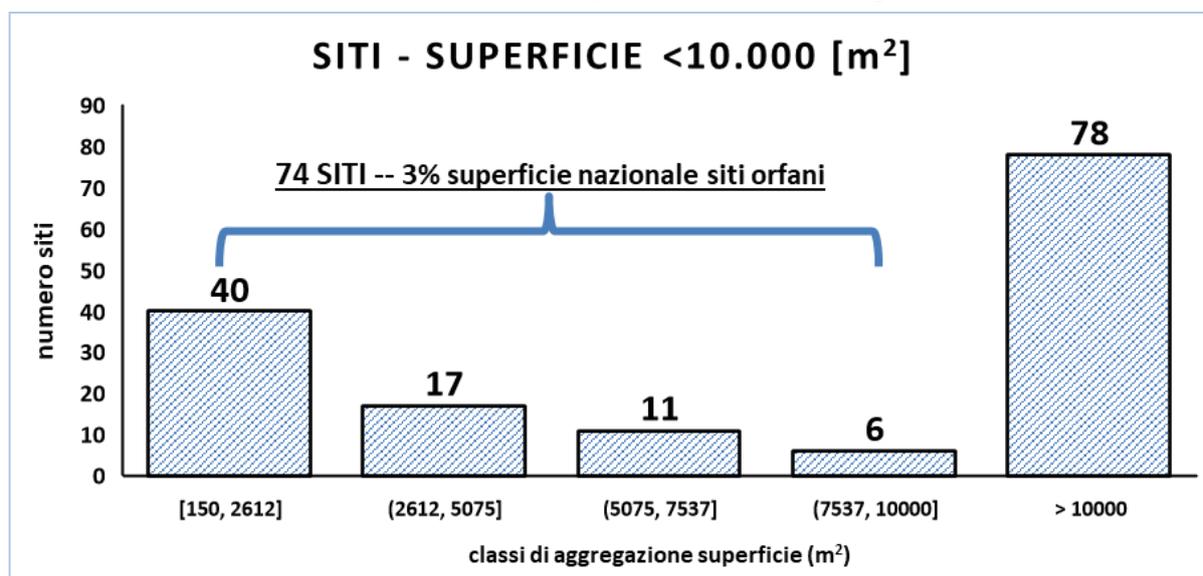


(Gallarate – 200 m²), il secondo e terzo in Emilia Romagna (Marano 160 m² e Reggio Emilia 150 m²).

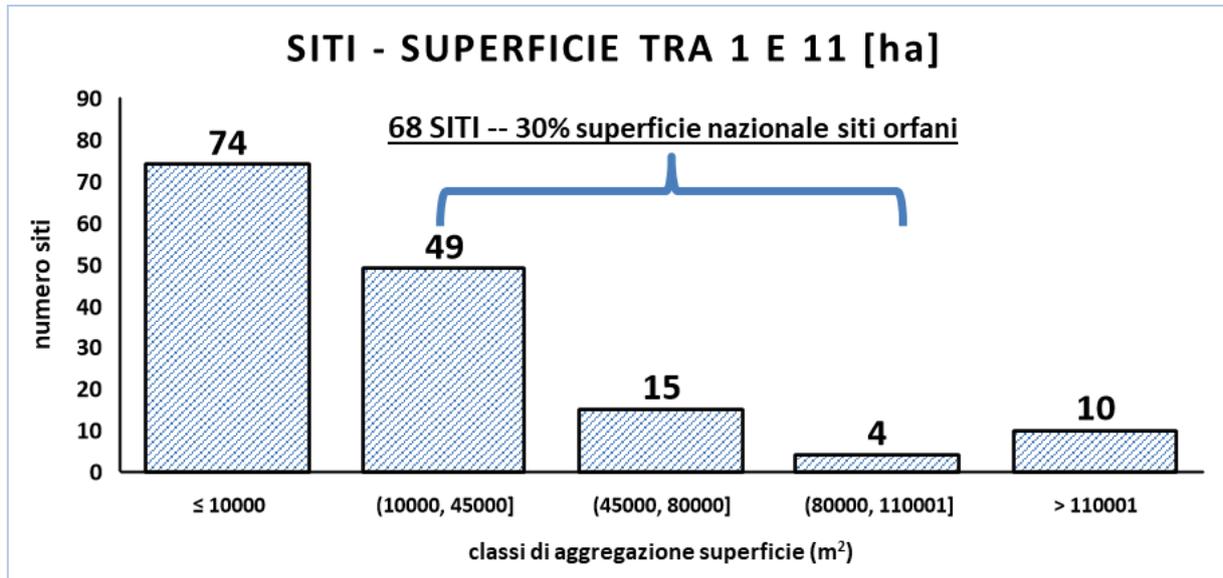
Circa il **50% dei siti** ha una estensione **inferiore ad 1 ettaro**.

Poiché il **raggiungimento del target** sarà valutato sulla base della **superficie nazionale totale** è utile approfondire la ripartizione delle singole superfici nei siti orfani PNRR.

Nel diagramma che segue sono evidenziate le classi di aggregazione delle superfici dei siti inferiori ad 1 ettaro: **nel totale di circa il 50% dei siti** (precisamente n. 74) è **contenuta solamente circa il 3% della superficie totale** da riqualificare.

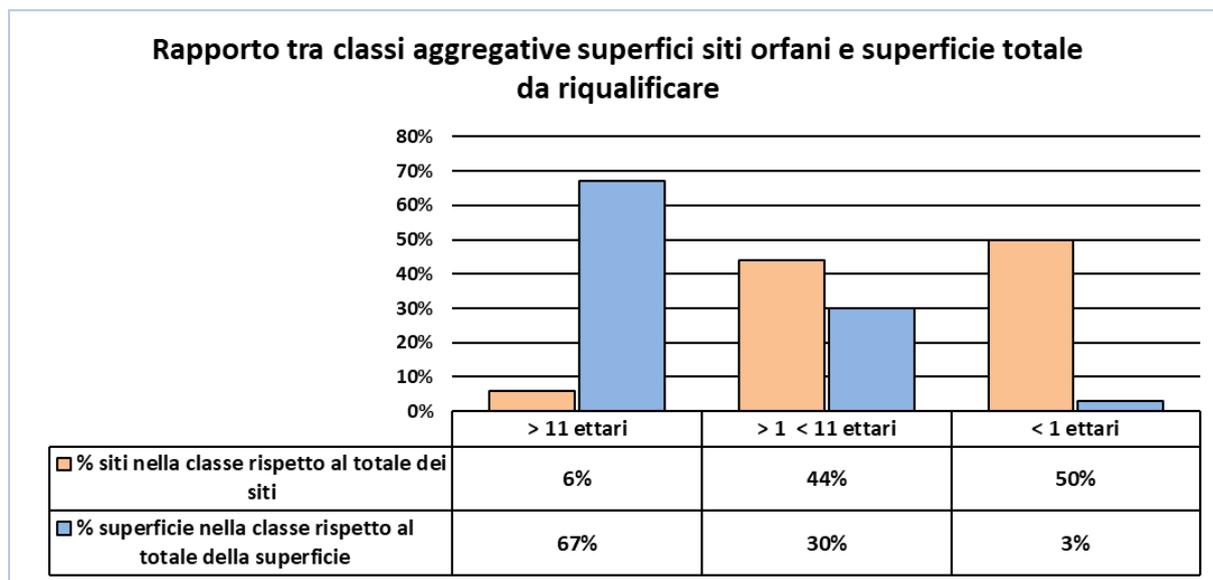


Nel diagramma che segue sono evidenziate le classi di aggregazione delle superfici dei siti maggiori ad 1 ettaro ed inferiori o uguali ad 11 ettari: **nel totale di circa il 44% dei siti** (precisamente n. 68) è **contenuta circa il 30% della superficie totale** da riqualificare.



I siti aventi dimensione maggiore ad 11 ettari sono una esigua rimanenza pari a **circa il 6%** (precisamente n. 10): in questi è **contenuta circa il 67% della superficie totale** da riqualificare. Ciò significa che **il raggiungimento del target 70% della somma della superficie su questi ultimi 10 siti pesa complessivamente circa il 67% del target medesimo a scala nazionale** (l'elencazione e individuazione dei siti è riportata più avanti).

Il grafico che segue esplicita ulteriormente e rappresenta i dati su richiamati.



Per contro il raggiungimento del target 70% della somma della superficie sugli altri 142 siti pesa complessivamente circa il 33% del target medesimo a scala nazionale. **Il completamento al 100% della riqualificazione su questi 142 siti pesa (solo) il 45% della superficie target 70% nazionale.**

Diventa pertanto cruciale che questi 10 siti concorrano senza riserve al raggiungimento almeno del target 70%. **Se in questi 10 siti l'obiettivo riqualificazione della superficie dovesse essere inferiore al 55,297% e financo se nei restanti 142 si dovesse raggiungere il 100% della riqualificazione, il raggiungimento dell'obiettivo nazionale sarebbe mancato.**

Questi siti sono i seguenti, per 4 ancora non è stato sottoscritto l'accordo per l'avvio delle attività (fonte sito istituzionale MASE – Siti Orfani).

Regione	Denominazione sito orfano	Provincia	Comune	Superfici e (m ²)	Accordo attuativo
Sicilia	SIN di Gela Aree "Biviere di Gela"	Caltanissetta	Gela	2.110.000	non sottoscritto
Lazio	Graffignano - Pascolaro	Viterbo	Graffignano	1.421.622	sottoscritto
Emilia Romagna	Sipe Nobel - Le Basse	Modena	Spilamberto	530.000	sottoscritto
Lombardia	Lombarda Petroli	Monza e Brianza	Villasanta	310.345	non sottoscritto



Regione	Denominazione sito orfano	Provincia	Comune	Superfici e (m ²)	Accordo attuativo
Veneto	Area Forte Marghera - Mestre	Venezia	Venezia	250.000	non sottoscritto
Lombardia	Aree ex SNIA	Monza e Brianza	Cesano Maderno	246.724	non sottoscritto
Lazio	Aprilia - Santa Apollonia	Latina	Aprilia	214.257	sottoscritto
Campania	Apreamare	Napoli	Torre Annunziata	122.438	sottoscritto
Sardegna	Area mineraria dismessa Barraxiutta	Provincia del Sud Sardegna	Domusnovas	120.000	sottoscritto
Campania	Cava Castelluccio ex Fiengo	Napoli	Ercolano	114.228	sottoscritto

Come ulteriore dato, **poco più del 70% di tutta la superficie complessiva dei siti orfani** PNRR è nei siti di cui alla precedente tabella più i siti di cui alla tabella che segue.

Regione	Denominazione sito orfano	Provincia	Comune	Superfici e (m ²)	Accordo attuativo
Lazio	Arpino - Costecalde/Selvell e	Frosinone	Arpino	110.000	sottoscritto
Piemonte	Parco Fluviale del Po Torinese Area Cantababbio	Torino	Settimo Torinese	92.500	sottoscritto (fonte OReP)
Sicilia	Discarica dismessa per rifiuti urbani	Messina	Mazzarrà Sant'Andrea	85.000	non sottoscritto
Lombardia	area NOVA - ELFE - ex discarica E.C.A.	Milano	Vimodrone	83.000	non sottoscritto

Da ciò si può concludere che **il raggiungimento del target 70% su questi 14 siti garantirebbe il conseguimento globale del target EU M2C4-25.**

Questi **14 siti** dovrebbero essere oggetto di particolare attenzione. Siti orfani di **preminente interesse nazionale.**



La media di finanziamento è pari a 317 €/m². L' 80% dei siti è destinatario di un finanziamento che non supera i 500 €/m². Il 3% dei siti è destinatario di un finanziamento superiore ai 1.500 €/m².

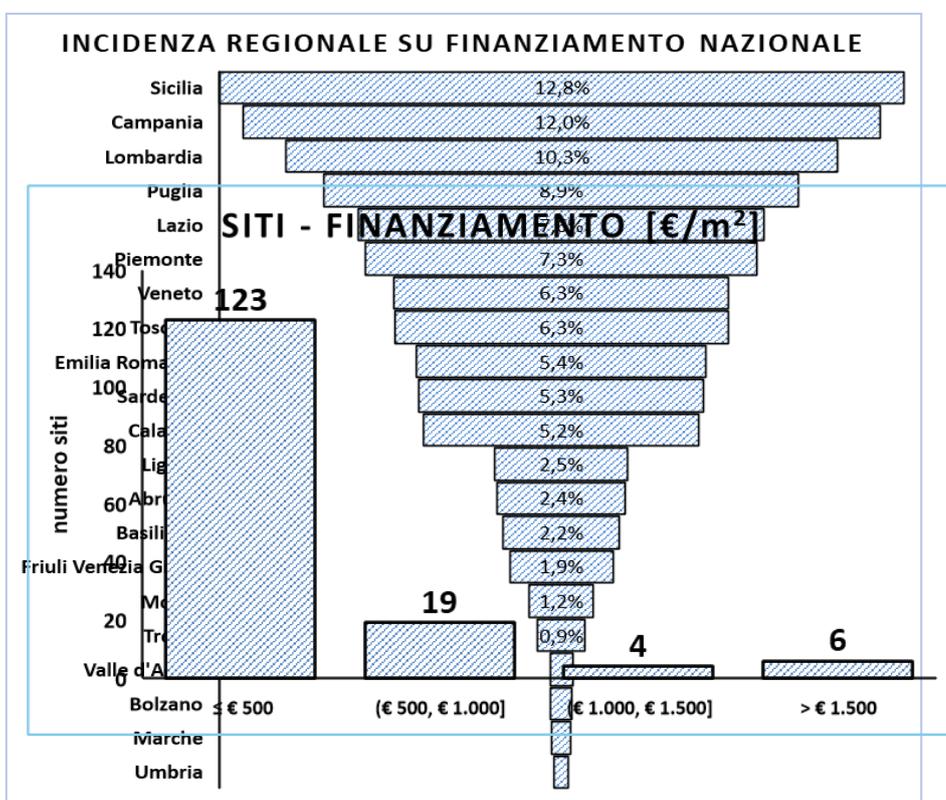
I 3 interventi con maggiore finanziamento sono in Sicilia (25.000.000 €) e in Puglia (21.000.000 e 15.050.000 €) gli ultimi 3 sono il Lombardia (46.000, 21.000 e 4.500 €). Anche se, è da rilevare, in sede di accordo tra Ministero-Soggetto attuatore le risorse possono essere rimodulate.

La distribuzione sul territorio nazionale delle risorse complessivamente assegnate è più omogenea. La Sicilia e la Lombardia trovano collocazione ancora nelle prime tre regioni.

La regione Puglia, che sul piano della superficie interessata ha una rilevanza del 2%, in termini di risorse economiche ha un peso pari a circa il 9%.

A proposito dei 10 siti la cui superficie pesa complessivamente circa il 67% del target medesimo a scala nazionale, in essi il montante complessivo di risorse economiche è prossimo al 20%.

Come si vede c'è una grande variabilità delle superficie di ciascun sito e anche delle risorse



assegnate per la realizzazione degli interventi.

Si tratta di un insieme difficilmente sistematizzabile.

Paragonata all'estensione complessiva a terra di tutti i SIN (circa 170.000 ettari) la superficie dei siti orfani PNRR è di poco pari allo 0,5%. Anche il paragone con tutti i c.d. "procedimenti di bonifica" attivi è irrisorio: i "siti orfani" sono in questa prospettiva circa lo 0,95%. A fronte di questa apparente eseguità l'importo stanziato per gli interventi di riqualificazione è in ogni caso uno dei più grandi mai registrati,



in modo organico, negli ultimi decenni. Risulta quindi **decisivo mettere in atto tutte le azioni** necessarie per cogliere questa **occasione**.

Purtroppo, senza neanche entrare nel merito delle “regole del gioco”, il **tempo** a disposizione sembra assai **ridotto**. Gli accordi di programma tra le parti sono stati sottoscritti tra settembre 2023 e gennaio 2024 e **non tutte le regioni risultano aver sottoscritto l’atto** (la Regione Lombardia che detiene il 12,5% di superficie da riqualificare distribuita su 42 siti, ad esempio). Il **termine** perentorio del primo trimestre **2026 (31 marzo)** è dietro l’angolo.

È tuttavia imperativo tentare di spingere al massimo le capacità del Sistema Paese e valorizzare anche le più flebili possibilità di successo. Ricorrendo, evidentemente, anche all’impiego di “soluzioni ingegnose” non solo sul fronte tecnico ma anche su quello gestionale e organizzativo.

Obiettivo del testo sotto riportato non è quello di costituire un riferimento scientificamente validato (sul piano normativo, giuridico e tecnico) quanto piuttosto quello di offrire una linea concettuale intorno alla quale cercare di individuare delle soluzioni organizzative e delle strategie operative utili al raggiungimento del target PNRR relativo alla riqualificazione e bonifica dei siti orfani. Nel far ciò non è e non sarebbe stato possibile raggiungere un livello di dettaglio accurato e sono state volutamente semplificate le “situazioni” illustrate. Il tentativo di mettere “nero su bianco” quelli che potrebbero essere giustamente identificati come approcci speculativi o esercizi di scuola paga evidentemente la mancanza di rigore o di puntualità e, soprattutto, piena aderenza alla realtà. Il modello concettuale è stato sempre semplificato allo scopo di far emergere in modo lampante una serie di valutazioni che potrebbero essere utili per l’approccio al problema/opportunità offerto dall’intervento PNRR “bonifica dei siti orfani”. Tra le altre semplificazioni quella di immaginare il “sito” e il fenomeno della contaminazione molto uniforme. Peraltro, a proposito della contaminazione, nel testo che segue le ipotesi di gestione fanno soprattutto riferimento al caso nel quale si debba trattare unicamente la matrice insatura (suolo e sottosuolo) poiché, in presenza di falda acquifera interessata da fenomeni di potenziale o acclarata contaminazione la schematizzazione sarebbe risultata ancor più difficilmente proponibile.

Tra gli altri aspetti semplificati e dati per presupposti ovviamente c’è la questione attinente alla capacità di spesa dei soggetti attuatori e quella relativa alle procedure di affidamento dei lavori e dei servizi per l’individuazione degli operatori economici da coinvolgere, c’è quanto attiene alle capacità professionali delle risorse umane e alla idoneità delle forze umane stesse realmente a disposizione per il raggiungimento degli



obiettivi. Parimenti non sono state considerate tutte le complessità sul piano amministrativo, gli sviluppi procedurali e/o endo-procedimentali.

In definitiva ci sarebbero tanti “*se*”, “*ma*” e “*però*” da aggiungere a precisazione, puntualizzazione, raffinazione. Con i “*se*” i “*ma*” e i “*però*” diventa difficile far fronte a circostanze straordinarie, quale è quella della riqualificazione dei siti orfani PNRR.

Il successivo Capitolo 3 tratta direttamente delle conclusioni alle quali si è giunti a seguito della riflessione condotta che trova corpo poi nei Capitolo 5. Per quanto in alcuni casi la proposta metodologica possa apparire eccessivamente distante dal modello di riferimento si ritiene che essa tenga salda l’attenzione (ed anzi possa trarne giustificazione e continua alimentazione) sui principi generali di riferimento in relazione tanto all’efficacia e all’efficienza dell’agire amministrativo tanto in relazione alla tutela della salute pubblica e alla protezione dell’ambiente. Ai posteri l’ardua sentenza.

3. Presentazione delle Conclusioni

Si riportano nel seguito le conclusioni del testo strutturato al Capitolo 4 nel quale si illustra con dettaglio tecnico il relativo quadro strutturato. Come sarebbe importante agire:

1. **Perimetrazione puntuale** con corrispondenza in m² della superficie oggetto di intervento associata in fase di individuazione del sito orfano (DM 2022). Prima valutazione di massima sulla possibilità di **parcellizzare** la perimetrazione con **sub aree** sulla base degli elementi a disposizione (presenza di diversi centri produttivi, presenza di **diversi fenomeni di contaminazione**, confini catastali).

2. Sulla base delle informazioni a disposizioni sulle condizioni di qualità ambientale del sito e con riferimento alle sub aree, valutazione preliminare su quale degli **strumenti** consenta meglio di giungere ad una *“attestazione della riqualificazione”* della superficie del sito, anche per **stralci** e anche per **tipologie** di attestazioni differenziate.

3. Spingere le attività di **caratterizzazione** ambientale oltre i comuni standard di riferimento e raggiungere un elevato grado di risoluzione sulla qualità e sulla geometria delle sorgenti di potenziale contaminazione per identificare con **precisione** le **porzioni** di sito distinguibili da quelle **nelle quali è già possibile definire l’assenza di contaminazione** e adottare una *“attestazione della riqualificazione”* per il solo effetto degli esiti delle **indagini**. Specifica attenzione alle **condizioni geochimiche naturali**. Valutare la possibilità di identificare le Concentrazioni Soglia di Contaminazione di riferimento **valorizzando l’utilizzo reale del sito attuale** e/o futuro se noto.

4. Spingere le attività di **analisi di rischio** sanitario ambientale oltre i comuni standard di riferimento al fine di raggiungere un elevato grado di risoluzione sulla definizione delle sorgenti di contaminazione effettiva rispetto a quelle per le quali è già possibile definire l’assenza di rischio e conseguentemente adottare una *“attestazione della riqualificazione”* già per il solo effetto dell’analisi di rischio. Adottare in via prioritaria **interventi di interruzione dei percorsi espositivi** che secondo la modellazione comportano una situazione di rischio sanitario e/o ambientale anche ricorrendo a strumenti di **parziale o totale limitazione d’uso** del sito e/o **conversioni della destinazione d’uso** e/o valorizzazione dell’utilizzo reale del sito.

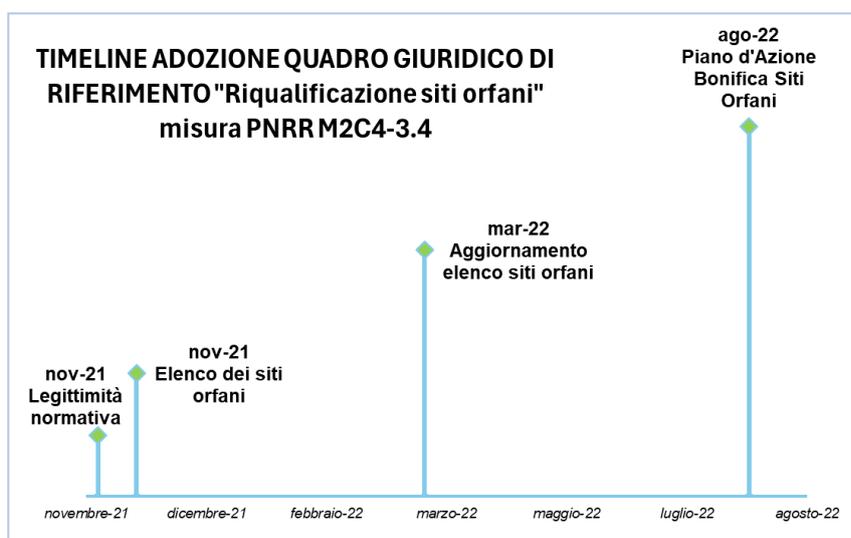
5. Prediligere la **progettazione di interventi** che permettano una **immediata esecutività** concentrando al massimo l’attenzione sulle aree residuali per le quali è ancora necessario adottare una *“attestazione della riqualificazione”*.



6. Verificare sempre e puntualmente in **quale misura tutte le ipotesi progettuali** di qualsiasi intervento (compresa la caratterizzazione ambientali) **concorrono al raggiungimento del target** “riqualificazione di almeno il 70% della superficie del sito” **correlando** alla tipologia di **intervento** una corrispondente **sub area di riferimento** e una corrispondente modalità di “*attestazione della riqualificazione*”.

Questa è una **proposta** metodologica che può aiutare ad affrontare la questione “siti orfani PNRR” con un approccio **sempre focalizzato sull’obiettivo** e adattato alle circostanze straordinarie come quelle del PNRR che richiedono risposte straordinarie. L’approccio qui illustrato **non** deve intendersi completamente **sostitutivo** di una gestione più **canonica**. Può anche essere utilizzato in *back ground* per la costruzione di una strategia alternativa.

4. Milestone M2C4-24 – Quadro Giuridico

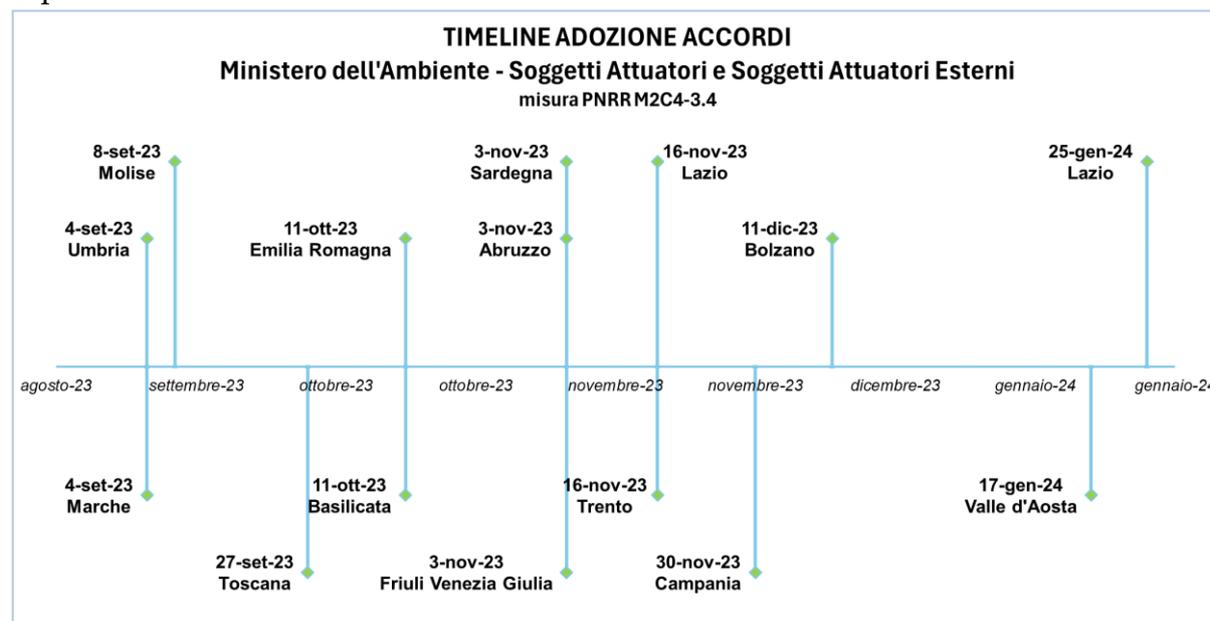


Il “Quadro giuridico per la bonifica dei siti orfani” è stato raggiunto con l’adozione del decreto del Ministro della transizione ecologica 4 agosto 2022 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 239 del 12 ottobre 2022). Il decreto

ha individuato i siti, gli interventi da effettuare, le risorse a disposizione.

Come anticipato al Cap. 3, l’attuazione delle misure e i cronoprogrammi di dettaglio, oltre al trasferimento delle risorse, sono aspetti affidati alla sottoscrizione di uno specifico accordo di programma tra il Soggetto attuatore e il Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica. Sono anche identificati i Soggetti attuatori esterni (i comuni o altri soggetti pubblici) che hanno in capo l’operatività della realizzazione degli interventi.

I primi accordi sono stati sottoscritti dopo circa 12 mesi dall’adozione del “Piano di Azione” ed attualmente riguardano circa il 42% della superficie totale dei siti da riqualficare.



Gli accordi di attuativi possono essere rimodulati. In caso di mancato rispetto degli obblighi assunti, in caso di ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti è previsto il ricorso ai poteri sostitutivi.



5. Target M2C4-25 - Riqualificazione

Riqualificare almeno il 70% della somma di tutte le superficie del suolo dei siti orfani, secondo il quadro giuridico definito al precedente traguardo. In particolare, il raggiungimento del target è quantificato dalla somma di tutte le superfici di suolo per le quali è possibile definire una *avvenuta riqualificazione*.

5.1. Sulle matrici ambientali oggetto degli interventi

Un primo fondamentale aspetto da chiarire riguarda la prospettiva ambientale degli interventi. Non è cristallino quali siano le matrici ambientali che, se riqualificate, concorrono al raggiungimento del target 70%. In particolare, a fronte della enunciazione quale "superficie del suolo" all'atto pratico la definizione di sito riguarda, oltre alla matrice sottosuolo (componente insatura) anche la matrice acque sotterranee (componente satura).

Facendo riferimento al Decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare n.269 del 29/12/2020 - "*Programma nazionale di finanziamento degli interventi di bonifica e ripristino ambientale dei siti orfani*" (da cui discende l'individuazione del siti oggetto di finanziamento PNRR), l'individuazione degli interventi, condotta dalle regioni e province autonome, si doveva basare su una priorità connessa "*al rischio ambientale e sanitario connesso*". E in assenza di specifiche disposizioni è logico ritenere che l'intervento potesse anche comprendere quello da effettuare sulla matrice acque sotterranee.

Tuttavia, l'art. 4 c. 3 del DM 4/08/2022 fa riferimento a "*matrici ambientali oggetto degli interventi - quali suolo e acque sotterranee se funzionali al riutilizzo del sito*" lasciando intendere che gli interventi individuati (che sono definiti in genere "*coerenti con il target di riqualificazione del suolo dei siti orfani*") sulla matrice acqua sotterranea non siano perentori quanto meno in relazione all'obiettivo del raggiungimento della riqualificazione del 70% della superficie. Tuttavia, questo scollamento, quando fosse confermabile, porrebbe una difficoltà in merito all'"*attestazione di avvenuta riqualificazione*" (vedi par 4.4).

5.2. Sul meccanismo di versamento delle risorse EU

Il PNRR italiano è finanziato con risorse provenienti dall'UE (una parte a fondo perduto la restante come prestito). Una prima parte di risorse è stata versata dalla Commissione Europea per l'avvio del piano. La quota rimanente viene erogata al raggiungimento di specifici target o obiettivi, stabiliti e sanciti dal PNRR approvato dalla Commissione.



L'avvio degli interventi (tutti) è quindi basato su un "impegno di pagamento" preso dalla Commissione. L'impegno verrà mantenuto quando verrà dimostrato il raggiungimento dei target. Il raggiungimento del target garantisce alla Commissione che i fondi erogati per la specifica linea di intervento verranno impiegati correttamente essendo già in essere il lavoro per portare a compimento gli interventi.

Con particolare riferimento alla linea M2C4 I 3.4 (interamente finanziata con risorse a prestito), gli interventi sono stati individuati con il DM 4/08/2022 che ha anche provveduto ad assegnare le risorse per ciascun "sito orfano". Le risorse economiche per l'avvio delle attività sono anticipate dallo Stato Italiano. Queste **risorse** dovrebbero essere impiegate **prioritariamente** per mettere in campo tutte le **azioni necessarie ed utili al raggiungimento dell'obiettivo** della riqualificazione di almeno il 70 % della superficie del suolo. Quando, alla scadenza del I Trimestre 2026, lo Stato Italiano relazionerà circa il raggiungimento del target la Commissione valuterà o meno positivamente la relazione e verserà il corrispondente di finanziamento per € 500.000.000.

Si rappresenta che, dati 100 siti la cui somma totale della superficie è pari a 1000 m², il raggiungimento esatto del target "70% della superficie riqualificata" per 99 siti e il non raggiungimento del target per il rimanente sito comporterebbe il non raggiungimento complessivo del target che si giudica sulla totalità della superficie e dunque il mancato riconoscimento delle risorse da parte della Commissione Europea. Ovviamente la realtà è più complessa perché non tutti i siti hanno la stessa superficie ed anzi, si assiste a notevoli differenze. Da un lato si può affermare che gli interventi eseguiti oltre il target 70% in un grande sito possano compensare gli interventi non eseguiti entro il target 70% in un piccolo sito. Per contro è necessario considerare che ad una grande superficie potrebbero corrispondere maggiori criticità tecniche e gestionali e, pertanto, il raggiungimento del target può essere più complesso.

Si osservino i dati delle **seguenti simulazioni**, svolte sulle regioni indicate. Le simulazioni non tengono in considerazione le "condizioni al contorno" né il merito dei singoli siti: hanno il solo obiettivo di dare evidenza del ruolo giocato dall'obiettivo "superficie da riqualificare" concetto che, come detto, anche esso non tiene conto delle "condizioni al contorno".

Regione Lazio

ID SITO	Superficie da riqualificare totale (m ²)	Superficie da riqualificare target 70% (m ²)
1	2.335	1.634,5
2	110.000	77.000
3	214.257	149.979,9



ID SITO	Superficie da riqualificare totale (m ²)	Superficie da riqualificare target 70% (m ²)
4	1.421.622	995.135,4
TOTALI	1.748.214	1.223.749,8

Immaginando una **ipotetica ripartizione dei coefficienti di raggiungimento** della riqualificazione decrescenti in funzione della dimensione del sito (comunque sempre maggiori al 50%), si giungerebbe al prospetto indicato in tabella.

ID	Superficie Riqualificata		<u>Obiettivo non raggiunto (simulazione)</u>	
	m ²	%		
1	2.101,5	90	Superficie Riqualificata totale (m ²)	1.093.054,6
2	88.000	80	Superficie riqualificata media (%)	75
3	149.979,9	70	Superficie fuori target (m ²)	130.695,2
4	852.973,2	60	Superficie fuori target (%)	11%

A fronte di una **riqualificazione di superficie media pari al 75%** l'obiettivo non è **raggiunto** e si ferma al 59%; questo perché il risultato non è ponderato sulla superficie totale del singolo sito.

Immaginando invece di concentrare **tutti gli sforzi** organizzativi ed operativi (prospettiva che potrebbe risultare in contrasto con le previsioni del DM 4/08/2022 e con gli accordi di programma sottoscritti per la realizzazione degli interventi) **sul sito a maggiore dimensione**, si giungerebbe al prospetto indicato in tabella.

ID	Superficie Riqualificata		<u>Obiettivo raggiunto (simulazione)</u>	
	m ²	%		
1	0	0	Superficie Riqualificata totale (m ²)	1236811,14
2	0	0	Superficie riqualificata media (%)	21,75
3	0	0	Superficie fuori target (m ²)	-13061,34
4	1.236.811,14	87	Superficie fuori target (%)	-1%

A fronte di una **riqualificazione di superficie media pari al 21,75%** l'obiettivo è **raggiunto** anche se in modo esiguo per un +1%; questo perché il risultato di +17% sul sito più esteso è tale da colmare il risultato nullo nei restanti siti di dimensioni minori.

Regione Calabria



ID SITO	Superficie da riqualificare totale (m ²)	Superficie da riqualificare target 70% (m ²)
1	5.126	3.588,2
2	10.000	7.000
3	10.000	7.000
4	10.400	7.280
TOTALI	35.526	24.868,2

Immaginando una **ipotetica ripartizione dei coefficienti di raggiungimento** della riqualificazione decrescenti in funzione della dimensione del sito (comunque sempre maggiori al 50%), si giungerebbe al prospetto indicato in tabella.

ID	Superficie Riqualificata		<u>Obiettivo non raggiunto (simulazione)</u>	
	m ²	%		
1	4.613,4	90	Superficie Riqualificata totale (m ²)	23.853,4
2	7.000	70	Superficie riqualificata media (%)	70%
3	6.000	60	Superficie fuori target (m ²)	1.014,8
4	6.240	60	Superficie fuori target (%)	4%

A fronte di una **riqualificazione di superficie media pari al 70%** l'**obiettivo non è raggiunto** e si ferma al 66%; questo perché il risultato non è ponderato sulla superficie totale del singolo sito.

Immaginando invece di concentrare **tutti gli sforzi** organizzativi ed operativi (prospettiva che potrebbe risultare in contrasto con le previsioni del DM 4/08/2022 e con gli accordi di programma sottoscritti per la realizzazione degli interventi) **sui siti a maggiore dimensione**, si giungerebbe al prospetto indicato in tabella.

ID	Superficie Riqualificata		<u>Obiettivo raggiunto (simulazione)</u>	
	m ²	%		
1	0	0	Superficie Riqualificata totale (m ²)	25.360
2	8.000	80	Superficie riqualificata media (%)	62%
3	9.000	80	Superficie fuori target (m ²)	491,8
4	9.360	90	Superficie fuori target (%)	-2%

A fronte di una **riqualificazione di superficie media pari al 62%** l'**obiettivo è raggiunto** anche se in modo esiguo per un + 2%; questo perché il risultato di +13%



medio sui siti di intervento è tale da colmare il risultato nullo nel restante sito di dimensione minore.

Nel caso in cui il target non dovesse essere raggiunto le risorse impiegate graveranno sul conto del debito dello Stato Italiano e, non è noto, se oltre la data di scadenza e a non raggiungimento del target le risorse preventivate verranno comunque confermate come fonte di finanziamento per la conclusione o prosecuzione o avvio degli interventi. Si tenga sempre presente che l'erogazione della Commissione Europea è sempre riferita alla somma totale di 500.000.000 €.

Tutti vincitori o tutti perdenti; anche se, come illustrato, i soggetti attuatori che gestiranno "quei 10 siti" avranno una responsabilità sul raggiungimento del target globale che peserà per oltre il 65%.

5.3. Sulla “superficie del suolo dei siti orfani”

Va preliminarmente ricordato che uno dei requisiti per l’ammissione al finanziamento della misura M2C4, investimento 3.4. PNRR è il soddisfacimento della definizione di “sito orfano” di cui al Decreto Ministero della Transizione Ecologica 29 dicembre 2020. Al netto dell’accezione “orfano” la nozione di sito fa riferimento all’espressione “*sito potenzialmente contaminato*”. Ai fini del DM 4/08/22 valgono le definizioni dell’ art. 240 del D.Lgs. 152/06. In particolare, a definizione di “sito” (art. 240 c. 1 lett a)) è la seguente: “*l’area o porzione di territorio, geograficamente definita e determinata, intesa nelle diverse matrici ambientali (suolo, materiali di riporto, sottosuolo ed acque sotterranee) e comprensiva delle eventuali strutture edilizie e impiantistiche presenti*”.

Rileva in questa definizione la dimensione lungo la profondità che accompagna il sito. Per precisare, semmai ce ne fosse bisogno, che il sito non ha unicamente una accezione planimetrica su un solo piano (orizzontale) e non prescinde dalle caratteristiche delle matrici ambientali nel sottosuolo (verticale).

Quanto alla definizione di “sito potenzialmente contaminato” (art. 240 c. 1 lett d) è quella di “*un sito nel quale uno o più valori di concentrazione delle sostanze inquinanti rilevati nelle matrici ambientali risultino superiori ai valori di concentrazione soglia di contaminazione (CSC), in attesa di espletare le operazioni di caratterizzazione e di analisi di rischio sanitario e ambientale sito specifica, che ne permettano di determinare lo stato o meno di contaminazione sulla base delle concentrazioni soglia di rischio (CSR)*”.

Appare utile richiamare anche la definizione di “sito contaminato” (art. 240 c. 1 lett e) è quella di

“*sito contaminato: un sito nel quale i valori delle concentrazioni soglia di rischio (CSR), determinati con l’applicazione della procedura di analisi di rischio di cui all’Allegato 1 alla parte quarta del presente decreto sulla base dei risultati del piano di caratterizzazione, risultano superati*”.

La definizione di “**sito**” fornita nel Codice dell’Ambiente non è rigida ne presuppone una tipologia già nota: si tratta di una definizione che deve sempre essere necessariamente “messa a terra”. Il riferimento è unicamente alla sua definizione e determinazione

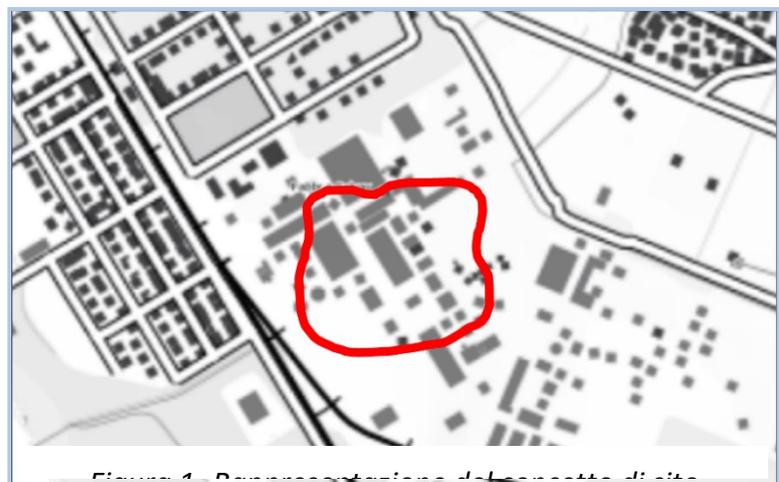


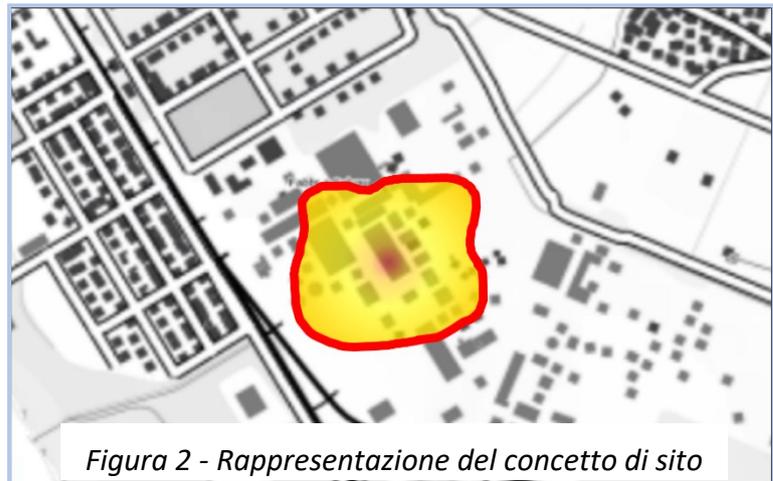
Figura 1. Rappresentazione del concetto di sito



sul piano geografico. Questa elasticità è evidentemente voluta e prodromica alla possibilità di assumere dei connotati più chiari in relazione al fenomeno di potenziale contaminazione. In Fig. 1 la rappresentazione della definizione di sito, esclusa la componente delle matrici ambientali che non si esprime evidentemente sul piano planimetrico.

Tuttavia, questa perimetrazione non prende mai corpo fintanto che non si attiva un procedimento di caratterizzazione e bonifica ex Titolo V Parte IV D.Lgs. 152/2006.

È in questo caso che si attiva una definizione specifica, di **“sito potenzialmente contaminato”**: in esso è la presenza di un superamento delle CSC nelle matrici ambientali a costituire un più preciso parametro per fissare il contorno (aspetto geografico) del sito.

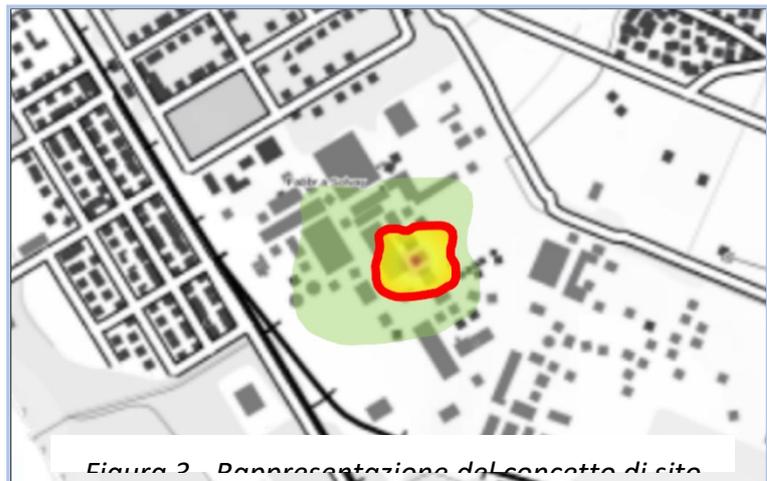


In Fig. 2 la rappresentazione della definizione di sito potenzialmente contaminato.

Nell’ambito dell’area *“geograficamente definita e determinata”* la colorazione interna vuole rappresentare un superamento (sfumato, da accertare) delle CSC nelle matrici ambientali.

Così, in linea generale, una potenziale contaminazione che interessi le matrici ambientali anche in porzioni esterne rispetto ad un’area perimetrata (come uno stabilimento produttivo) concorrerebbe

all’individuazione di un unico sito potenzialmente contaminato. In realtà questa considerazione è altrettanto imprecisa perché è solo la definizione della sorgente di potenziale contaminazione nell’ambito dell’analisi di rischio sanitario ambientale sito specifica che permette di



definire la geometria della medesima e conseguentemente gli aspetti spaziali del fenomeno; è in questa fase che si concretizza l'individuazione degli obiettivi di messa in sicurezza o bonifica.

In questo caso subentra la definizione di **sito contaminato** al quale si applicano gli interventi di messa in sicurezza o bonifica.

In Fig. 3 la rappresentazione della definizione di sito contaminato. Nel percorso logico che si sta proponendo il contorno dell'area è evidentemente riferito alle sole porzioni che necessitano di un intervento. Solo a livello di concettualizzazione la dimensione del sito risulta inferiore rispetto a quella di partenza.

Le porzioni di sito rispetto alle quali gli esiti della caratterizzazione mostrano l'assenza di contaminazione (non superamento delle CSC o delle CSR) sono escluse dalla sorgente o reale contaminazione e quindi, indirettamente definibili non contaminate.

A proposito della definizione di **sito non contaminato** (art. 240 c. 1 lett f) essa riguarda la condizione nella quale la contaminazione rilevata nelle matrici ambientali risulti inferiore ai valori di CSC comunque inferiore ai valori di CSR.

In Fig. 4 è rappresentato il sito non contaminato con

rispetto delle CSR: la perimetrazione del sito permane perché l'analisi di rischio è riferita ad uno specifico modello concettuale che deve essere mantenuto tale per la validità della stessa: in questo senso gli esiti dell'analisi di rischio rappresentano una limitazione all'uso del sito.



Figura 4 - Rappresentazione del concetto di sito

In Fig. 5 è rappresentato il sito non contaminato con rispetto delle CSC: la perimetrazione, tuttavia, non discretizza nulla sul piano delle matrici ambientali.

È amministrativamente quella relativa ad un'area nella quale sono stati realizzati e raggiunti gli obiettivi di bonifica.

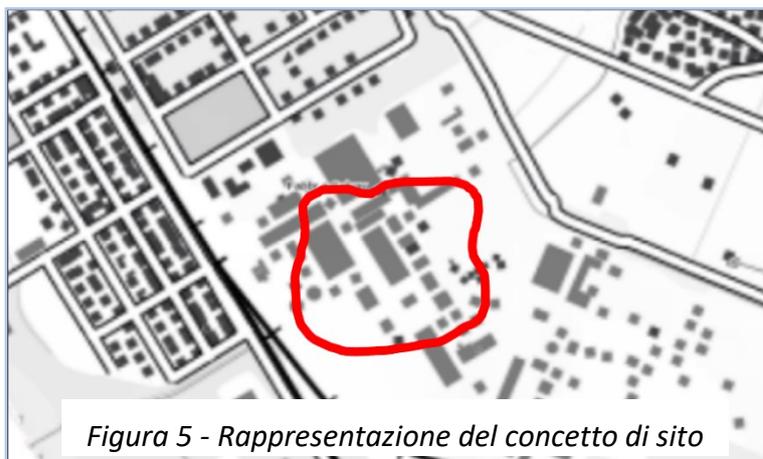


Figura 5 - Rappresentazione del concetto di sito

Secondo il quadro concettuale ricostruito il procedimento ambientale attivato per potenziale contaminazione si conclude con la certificazione di avvenuta realizzazione degli interventi e il raggiungimento degli obiettivi.

Queste considerazioni trovano anche una reale collocazione nel contesto amministrativo e normativo in alcuni casi esemplificativi: è quello dell'art. 249 nell'ambito del quale si valorizza la superficie oggetto di intervento di "eventi accidentali che interessino aree circoscritte, anche nell'ambito di siti industriali, di superficie non superiore a 1.000 metri quadri": qui il sito di ridotte dimensioni l'area interessata dall'evento. Una analoga valutazione può essere fatta per i Siti di Interesse Nazionale il cui perimetro comprende *aree e territori*: si tratta, come noto, di una perimetrazione nell'ambito della quale ciascun sito individuato con canoni distinti dal Titolo V è trattato autonomamente. E ciascun sito "reale" può essere dichiarato non contaminato se ne sussistono i requisiti, indipendentemente dal perimetro del SIN.

La disamina su illustrata mostrerebbe come il concetto di "sito" associato alla procedura di potenziale/accertata/mancata contaminazione sia in linea generale e astratta svincolato da una delimitazione precostituita o predeterminabile e, conseguentemente, gli interventi sulla qualità delle matrici ambientali possono essere progettati, realizzati e certificati senza alcuna limitazione a porzioni di territorio diverse da quelle che si possono individuare sulla base, ad esempio, di una perimetrazione da categoria catastale e/o di proprietà e/o di utilizzo.

Sicché, **nella prassi**, si identifica il sito potenzialmente contaminato, contaminato o non (più) contaminato come il luogo, identificato da strutture e infrastrutture che

concorrono di per sé a definire un ambito geografico (anche per imputabilità a soggetti che ne detengono l'uso o la proprietà), nel quale ha origine il fenomeno.

Si opera tipicamente individuando amministrativamente le aree da attenzionare secondo il perimetro identificato con categoria catastale e/o di proprietà e/o di utilizzo.

Nella Fig. 6 è mostrata la prassi suddetta. All'interno del sito identificato su requisiti "strutturali" (colore viola) che corrispondono a un perimetro catastale di un impianto industriale si identifica poi l'area oggetto di potenziale o accertata contaminazione.

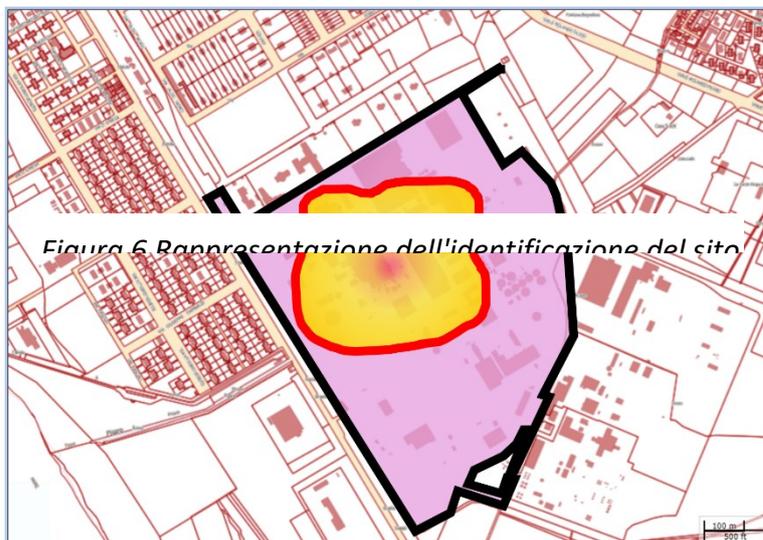


Figura 6 Rappresentazione dell'identificazione del sito

All'atto pratico il concetto di sito viene fatto corrispondere in toto al perimetro più ampio dell'area oggetto di intervento, da cui l'espressione "sito oggetto di bonifica" che comprende anche aree che non hanno (o potrebbero non avere) alcuna relazione con la situazione di contaminazione. Ne è un esempio il DPR 120/2017 (relativo alla gestione delle terre e rocce da scavo) nel quale relativamente a questa tipologia di sito è possibile leggere :

"le terre e rocce da scavo conformi alle concentrazioni soglia di rischio sono riutilizzate nella medesima area assoggettata all'analisi di rischio e nel rispetto del modello concettuale preso come riferimento per l'elaborazione dell'analisi di rischio. Non è consentito l'impiego di terre e rocce da scavo conformi alle concentrazioni soglia di rischio in sub-aree nelle quali è stato accertato il rispetto delle concentrazioni soglia di contaminazione".

C'è anche da far presente che l'individuazione di questa tipologia di "sito" avviene, sempre nella prassi, su base per lo più nominale (ad esempio "sito denominato Industria Chimica") e quando avviene con maggiore precisione nel migliore dei casi si ha a disposizione una identificazione con coordinate geografiche relative ad un unico punto preso a riferimento (o con l'aggiunta di un riferimento odonomastico). La perimetrazione vera e propria è cristallizzata solo agli esiti e all'approvazione formale dell'analisi di rischio nei documenti progettuali e/o all'approvazione degli interventi di risanamento sempre nei documenti progettuali. Una identificazione più precisa può



aversi nel rilascio della “certificazione dell’avvenuta realizzazione degli interventi” ma anche in questo caso si fa riferimento ad un aspetto nominale o catastale.

Peraltro, lo stesso DM 4/08/2022 non fornisce una perimetrazione precisa e identificabile. Infatti, il DM non fa riferimento al raggiungimento di una percentuale di riqualificazione in relazione all’estensione del sito ma in relazione alla “superficie di suolo” identificata. In particolare, la “*superficie del suolo interessata dall’intervento*” è individuata, per ciascun sito, nella tabella in allegato 2 del decreto ministeriale che reca l’elenco dei siti orfani. La superficie è espressa in m².

Questa identificazione è stata condotta dalle Regioni in fase di “proposta” di individuazione di sito orfano da comprendere nell’investimento PNRR. Non sono noti i dettagli tecnici di ogni singola scelta ma, considerando che molti degli interventi previsti hanno nel proprio novero esplicito la fase di caratterizzazione ambientale è lecito immaginare che in questi casi la “superficie di suolo” indicata sia corrispondente all’estensione del sito individuato con criteri “strutturali”.

Ciò potrebbe comportare che una certa porzione di sito sia ricompresa nel perimetro ma non sia stata effettivamente interessata da fenomeni di contaminazione o in ogni caso una “sorgente primaria” può collocarsi in altre aree non raramente in modo relativamente concentrato rispetto al resto della superficie. La Fig. 7 che segue cerca di illustrare i concetti su esposti.

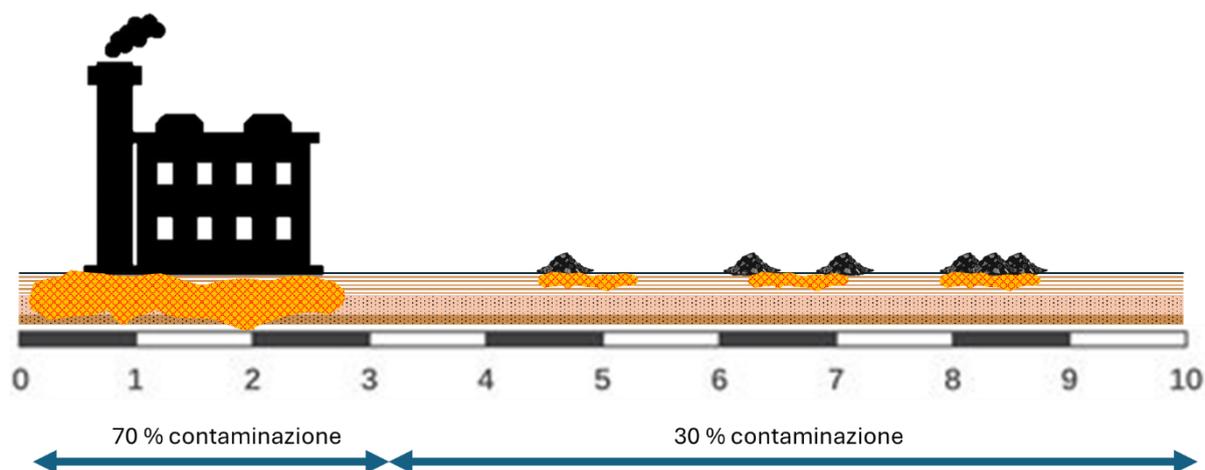


Figura 7 Rappresentazione grafica dei rapporti che potrebbero intercorrere tra superficie del sito e distribuzione della contaminazione

La realtà è evidentemente più complessa anche se alcune schematizzazioni trovano conferma. Seguono in Fig. 8 e Fig. 9 le perimetrazioni di massima (desunte e/o stimate



da informazioni frammentate) di alcuni sito orfani PNRR e una loro contestualizzazione per quanto si possa desumere dal giudizio sulla superficie.





Figura 8 Primo ed ultimo sito della Regione Lombardia (ordine di priorità regionale). A sinistra il sito “area ex Cecchi” Comune Gallarate superficie 200 m² risorse € 4.648,00. In ragione della limitazione della superficie e dell’importo stanziato si ritiene che la corrispondenza tra intervento e superficie sembri prossima al 100%. A destra il sito “Lombarda Petroli” Comune Villasanta superficie 214.257 m² risorse € 14.000.000. Sembra potersi ritenere che il perimetro comprende un’area nella quale sono state svolte attività diverse e la superficie complessiva sembra ricomprendere fenomeni ad impatto ambientale di diversa significatività.



Figura 9 Primo ed ultimo sito della Regione Campania (ordine di priorità regionale). A sinistra il sito “ex Deposito fitofarmaci Agromoda” Comune Mariglianella superficie 2.947 m² risorse € 2.500.000. Come si intuisce l’area è già stata oggetto di copertura del suolo e la corrispondenza tra intervento e superficie sembra prossima al 100%. A destra il sito



L'univocità del target 70% di ciascuna superficie (in realtà sulla somma di tutta la superficie nazionale) significa che non c'è una ponderazione in relazione a fattori di complessità dell'intervento quale potrebbe essere la dimensione complessiva del sito o l'ammontare delle risorse economiche assegnate.

È inoltre utile sottolineare che non necessariamente il raggiungimento del target per il singolo sito debba essere raggiunto con il maggiore impiego di risorse e neanche il raggiungimento complessivo dei migliori standard ambientali con riferimento all'intero sito "strutturale", visto che il restante 30% è svincolato da criteri temporali o nel merito (salva l'esecuzione dell'intervento o in generale il perseguimento degli obiettivi collegati alla linea di investimento, ovviamente).

La Fig. 10 che segue cerca di illustrare i concetti su esposti.

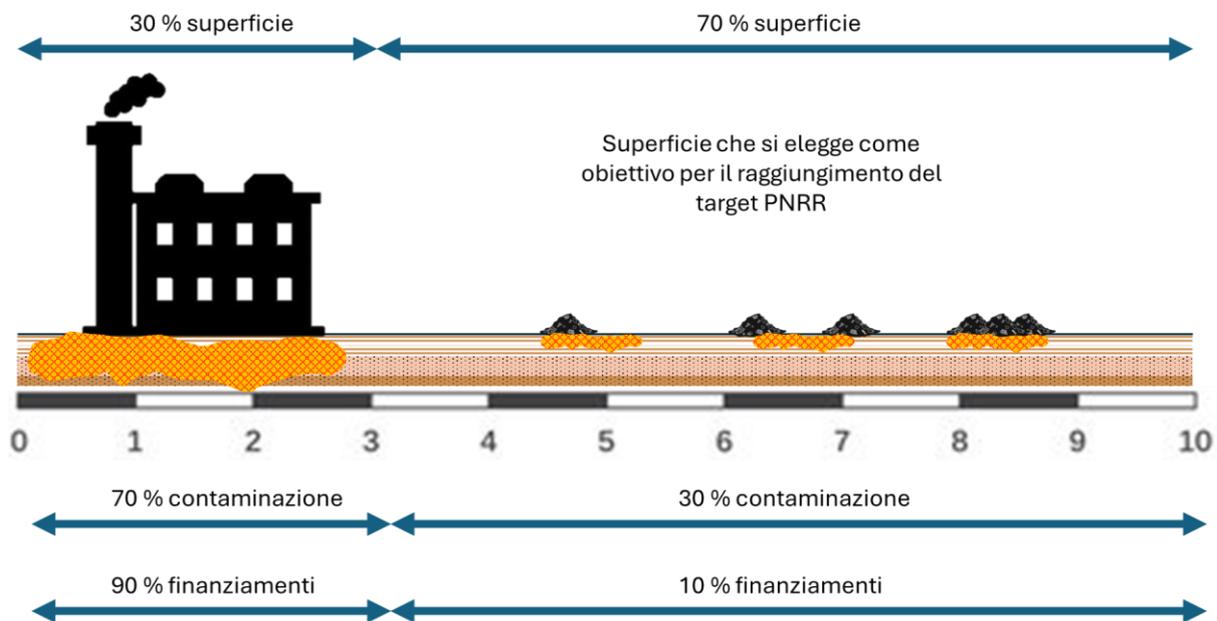


Figura 10 Rappresentazione grafica dei rapporti che potrebbero intercorrere tra sito, superficie

Queste valutazioni hanno forse scarsa significatività per i siti a dimensioni minori o nei casi nei quali è già noto esistere una buona sovrapposizione tra superficie complessiva e fenomeno di potenziale contaminazione (è questo il caso, ad esempio, dei siti di ex discarica che sono ben rappresentati tra i 152 nazionali): in realtà queste due condizioni sono spesso correlate.

Ne consegue che le valutazioni su espresse possono essere di ausilio per la gestione dei siti a maggiore superficie per i quali potrebbero essere carenti informazioni precise sui fenomeni ambientali avvenuti. C'è anche da far presente che, trattandosi di siti



“orfani, si può ritenere che siano molti i casi nei quali, effettivamente, il “sito” identificato su base strutturale sia solo un retaggio di un passato non più operativo per il quale il destino futuro può, a ragion veduta, essere traguardato con uno “spacchettamento” delle aree. Senza dimenticare tutti quelle aree interessate da fenomeni di abbandono di rifiuti e/o discarica abusiva.

Questo è ancora più rilevante se, considerando i grafici illustrati nel primo capitolo, si rammenta che **10 siti orfani PNRR (con superficie maggiore a 11 ettari) concentrano il 67% della superficie totale da riqualificare.**



5.4. Sulla “avvenuta riqualificazione” e quindi sugli interventi

Il DM 4/08/22 fa riferimento all'utilizzo di “una” modalità individuata tra le opzioni disponibili (art. 5 decreto). Invero non è da escludersi che le modalità possano essere più di una ancorché ricadenti nella novella prevista dal decreto.

Nel merito l'attestazione della riqualificazione della superficie del suolo in ciascun sito avviene *secondo una* delle seguenti modalità:

a) provvedimento dell'Autorità competente ai sensi del titolo V, parte quarta, del decreto legislativo n. 152 del 2006, che accerti che il sito non è contaminato ai sensi dell'art. 240, comma 1, lettera f), del medesimo decreto legislativo. In tal caso, il sito orfano contribuisce al target EU M2C4-25 per l'intera sua superficie.

In questo caso il DM fa una correlazione univoca tra “sito non contaminato” e “sito orfano” visto che si fa riferimento al contributo per l'intera superficie.

Nota di lettura (con riferimento alle procedure di cui all'art. 242 del D.Lgs. 152/06) L'autorità competente ai sensi del Titolo V citata è (art. 196) la Regione. Tuttavia, nella gran parte dei casi queste hanno delegato la titolarità amministrativa ai Comuni.

La definizione di “sito non contaminato” citata è relativa alla condizione nella quale nell'ambito di tutte le *matrici ambientali* (suolo, sottosuolo, acque sotterranee e materiale di riporto) le concentrazioni rilevate siano inferiori alle CSC oppure siano inferiori alle CSR giusta analisi di rischio sanitario e ambientale approvata per il sito.

Sul piano squisitamente amministrativo un provvedimento riguardo a sito non contaminato per non superamento delle CSC non è standardizzato: si tratterebbe di un atto costruito ad hoc. Anche nel caso di non contaminazione per non superamento delle CSR non esiste un provvedimento specifico e solo in un caso si può ritenere assorbito da altro provvedimento ovvero quello relativo agli esiti dell'analisi di rischio (art. 242 c. 5) che “*con l'approvazione del documento dell'analisi del rischio, dichiara concluso positivamente il procedimento*”. Questa previsione è tuttavia particolarmente interessante perché, concentrandosi sulla presenza o meno di superamenti delle CSC (o delle CSR) e quindi prettamente sulla “qualità” delle matrici ambientali, permette di esprimere un accertamento positivo stante la presenza di elementi di generale o “solo” qualitativa passività ambientale (ancorché con una progettualità specifica che ne preveda la gestione, come potrebbe essere il caso della presenza di rifiuti da regolarizzare).

Questa modalità di verifica del raggiungimento dell'obiettivo può quindi essere utilizzata al ricorrere delle seguenti circostanze:

- Tutte le matrici ambientali per l'intero sito rispettano le CSC di riferimento. Provvedimento ad hoc.



Presupposto tecnico: esecuzione indagini di caratterizzazione preliminari o Redazione Piano di Caratterizzazione e, previa approvazione in conferenza dei servizi, esecuzione ed approvazione dei risultati (passaggio sul piano squisitamente amministrativo non previsto).

- Tutte le matrici ambientali per l'intero sito rispettano le CSR di riferimento. Provvedimento di approvazione del documento analisi di rischio.

Presupposto tecnico: esecuzione indagini di caratterizzazione preliminari e Redazione Piano di Caratterizzazione e, previa approvazione in conferenza dei servizi, esecuzione ed approvazione dei risultati; presentazione analisi di rischio ed approvazione in conferenza dei servizi.

Questione aperta: come illustrato nel par. 2.2 si tratta di comprendere come il concetto di "sito" possa essere adattato alla esigenza di "superficie di suolo". In particolare, non sarebbe da escludere che la sovrapposizione tra i due elementi possa non essere univoca. La superficie totale di suolo individuata come riferimento per il raggiungimento del target PNRR potrebbe travalicare la definizione di sito: nel caso di un fenomeno di potenziale contaminazione che interessi un sito solo per una superficie limitata di esso oppure nel caso di un fenomeno di potenziale contaminazione che interessi un'area più vasta del singolo sito individuabile al netto del fenomeno stesso. All'atto pratico sarebbe possibile a fronte di una "superficie di suolo" che ad oggi corrisponde ad un "sito potenzialmente contaminato" procedere all'adozione di un provvedimento dell'Autorità competente che accerti che il sito non è contaminato riferendosi nel caso ad un concetto di sito che viene aggiornato agli esiti della caratterizzazione evidentemente con una "riperimetrazione" dell'area potenzialmente contaminata. Un provvedimento a stralcio con perimetrazione di sito secondo altri elementi che in ogni caso concorrono all'individuazione di un "*area o porzione di territorio, geograficamente definita e determinata*".

Immaginando la possibilità di parcellizzare la superficie totale svincolandola dal concetto di sito il risultato dell'avvenuta riqualificazione potrebbe già essere raggiunto per evidenza di stato non contaminato a seguito di indagini ambientali. Almeno come "potenziale" % raggiunta per fissare uno stato di avvicinamento al target nelle more della progettazione ed esecuzione degli interventi.

La Fig. 11 che segue cerca di illustrare i concetti su esposti, ovviamente in modo del tutto ipotetico.



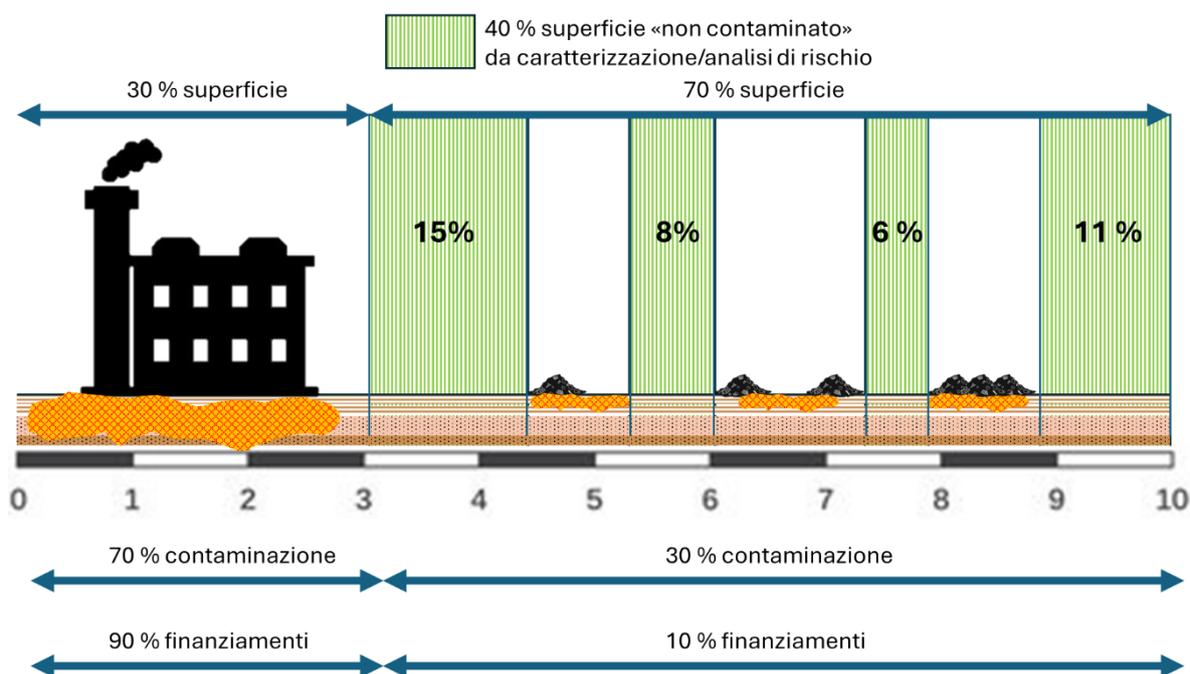


Figura 11 Rappresentazione grafica della possibilità di discretizzare per sub aree il sito e identificare aree non contaminate senza necessità di intervento, valorizzando il concetto di “superficie da riqualificare”

b) certificazione rilasciata dall’Autorità competente ai sensi dell'art. 248, comma 2, del decreto legislativo n. 152 del 2006. In tal caso, il sito orfano contribuisce al target EU M2C4-25 per l'intera sua superficie.

Nota di lettura (con riferimento alle procedure di cui all’art. 242 del D.Lgs. 152/06)

- 1) L’autorità competente ai sensi del Titolo V citata è (art. 197) la Provincia o Città Metropolitana.
- 2) In caso di inadempienza la certificazione può essere adottata dalla Regione. In ogni caso è necessaria una apposita relazione tecnica predisposta dall’Agenzia per la protezione dell’ambiente competente.
- 3) La certificazione richiamata è relativa all’attestazione di completamento degli “interventi di bonifica, di messa in sicurezza permanente e di messa in sicurezza operativa”.

Questa modalità di verifica del raggiungimento dell’obiettivo può quindi essere utilizzata al ricorrere delle seguenti circostanze:

- Raggiungimento degli obiettivi e conformità degli interventi secondo le previsioni progettuali.



Presupposto tecnico: esecuzione indagini di caratterizzazione preliminari e Redazione Piano di Caratterizzazione e, previa approvazione in conferenza dei servizi, esecuzione ed approvazione dei risultati; presentazione analisi di rischio ed approvazione in conferenza dei servizi; presentazione analisi di rischio ed approvazione in conferenza dei servizi. Presentazione progetto operativo di interventi di bonifica, messa in sicurezza operativa o permanente ed approvazione in conferenza dei servizi. Esecuzione degli interventi. Completamento e collaudo degli interventi.

c) relazione dell'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente o di un tecnico abilitato, nominato dal soggetto attuatore o dal soggetto attuatore esterno, che asseveri gli interventi eseguiti e la percentuale di suolo riqualificata, in conformità al progetto approvato, anche tenendo conto delle attività di verifica prescritte dall'Autorità competente in sede di approvazione del progetto ai sensi dell'art. 242, comma 7, ultimo capoverso, del decreto legislativo n. 152 del 2006. In tal caso, il sito orfano contribuisce al target EU M2C4-25 per la sola superficie oggetto di asseverazione.

Nota di lettura (con riferimento alle procedure di cui all'art. 242 del D.Lgs. 152/06)

- 1) Sul piano squisitamente amministrativo l'Agenzia per la protezione dell'ambiente non assevera interventi eseguiti. Si tratterebbe di un atto e di un contesto costruito ad hoc.
- 2) La possibilità che un tecnico abilitato possa asseverare un intervento è prevista in diversi istituti e discipline specifiche ma non in quella relativa alla bonifica dei siti contaminati. L'atto di asseverazione può essere reso con Dichiarazioni sostitutive di certificazioni o dell'atto di notorietà ex DPR 8 dicembre 2000, n. 445 in relazione allo specifico incarico affidato al tecnico incaricato.

Questa modalità di verifica del raggiungimento dell'obiettivo può quindi essere utilizzata al ricorrere delle seguenti circostanze:

- Raggiungimento degli obiettivi e conformità degli interventi, anche con riferimento ad uno stralcio concettualmente completo degli stessi, secondo le previsioni progettuali.

Presupposto tecnico anche con riferimento ad una porzione del sito: esecuzione indagini di caratterizzazione preliminari e Redazione Piano di Caratterizzazione e, previa approvazione in conferenza dei servizi, esecuzione ed approvazione dei risultati; presentazione analisi di rischio ed approvazione in conferenza dei servizi; presentazione analisi di rischio ed approvazione in conferenza dei servizi. Presentazione progetto operativo di interventi ed approvazione in conferenza dei



servizi. Esecuzione degli interventi. Completamento e collaudo degli interventi.

d) Relazione finale da parte dell'Agenzia per la protezione dell'ambiente, territorialmente competente, ai sensi dell'art. 242-bis, comma 4, del decreto legislativo n. 152 del 2006. In tal caso, il sito orfano contribuisce al target EU M2C4-25 per l'intera sua superficie;

Nota di lettura (con riferimento alle procedure di cui all'art. 242-bis del D.Lgs. 152/06).

- 1) La procedura richiamata ai sensi dell'art. 242-bis riguarda l'attività di bonifica condotta su un sito con riferimento alla sola matrice insatura che traguarda il raggiungimento di concentrazioni inferiori alle CSC.
- 2) La certificazione del raggiungimento degli obiettivi è attestata tramite l'esecuzione, in contraddittorio con l'Agenzia di Protezione dell'Ambiente, di un piano di collaudo validato dal quale emergano dati analitici che confermano la bontà degli interventi.

Questa modalità di verifica del raggiungimento dell'obiettivo può quindi essere utilizzata al ricorrere delle seguenti circostanze:

- Raggiungimento degli obiettivi e conformità degli interventi secondo le previsioni progettuali. Presupposto tecnico: Presentazione progetto di interventi. Esecuzione degli interventi. Presentazione di un piano di collaudo ed approvazione in conferenza dei servizi. Esecuzione collaudo degli interventi.

e) Certificazione a stralcio rilasciata dall'Autorità competente ai sensi dell'art. 248, comma 2, del decreto legislativo n. 152 del 2006. In tal caso, il sito orfano contribuisce al target EU M2C4-25 per la superficie corrispondente allo stralcio progettuale.

- 1) L'autorità competente ai sensi del Titolo V citata è (art. 197) la Provincia o Città Metropolitana.
- 2) La certificazione richiamata è relativa all'attestazione di completamento degli "interventi di bonifica, di messa in sicurezza permanente e di messa in sicurezza operativa". In caso di inadempienza la certificazione può essere adottata dalla Regione. In ogni caso è necessaria una apposita relazione tecnica predisposta dall'Agenzia per la protezione dell'ambiente competente.
- 3) Sul piano squisitamente amministrativo la certificazione a stralcio è standardizzata secondo le previsioni dell'art. 242 c. 7-bis. In questa evenienza però, non a caso non richiamata dal DM 04/08/2022, il raggiungimento degli obiettivi pare collegato alla sola attività di *bonifica* e lo stralcio è relativo a singole aree catastalmente individuate nonché in caso di raggiungimento anticipato degli obiettivi per la matrice suolo rispetto alla matrice acque



sotterranee. Con ciò questa modalità non si ritiene applicabile ai fini del raggiungimento complessivo a scadenza del target PNRR a causa della permanenza di eventuale contaminazione presente nelle acque sotterranee (ancorché oggetto di intervento).

- 4) Il tipo di certificazione a stralcio previsto dal decreto ministeriale riguarderebbe una procedura non standardizzata e si tratterebbe di un atto costruito ad hoc.

Questa modalità di verifica del raggiungimento dell'obiettivo può quindi essere utilizzata al ricorrere delle seguenti circostanze:

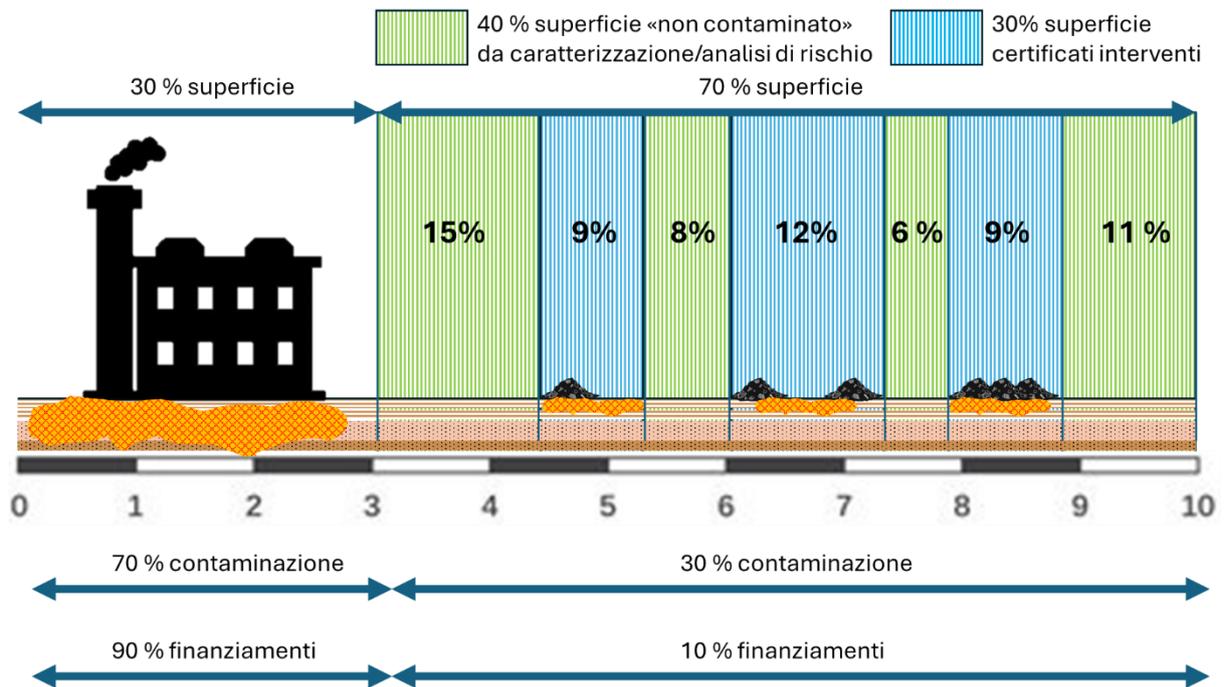
- Raggiungimento degli obiettivi e conformità degli interventi, anche con riferimento ad uno stralcio concettualmente completo degli stessi, secondo le previsioni progettuali.

Presupposto tecnico anche con riferimento ad una porzione del sito: esecuzione indagini di caratterizzazione preliminari e Redazione Piano di Caratterizzazione e, previa approvazione in conferenza dei servizi, esecuzione ed approvazione dei risultati; presentazione analisi di rischio ed approvazione in conferenza dei servizi; presentazione analisi di rischio ed approvazione in conferenza dei servizi. Presentazione progetto operativo di interventi di bonifica ed approvazione in conferenza dei servizi. Esecuzione degli interventi. Completamento e collaudo degli interventi.

La rappresentazione grafica che segue può essere presa a riferimento per le opzioni b), c), d) ed e) ovvero tutte quelle nelle quali si progetta un intervento e lo si esegue e rispetto al quale può essere rilasciata una certificazione/asseverazione tecnica.

La Fig. 12 che segue cerca di illustrare i concetti su esposti, ovviamente in modo del tutto ipotetico.





Nella situazione su illustrata, raggiunta il termine del primo trimestre 2026 il target risulta raggiunto. Le risorse vengono così completamente stanziate dalla Commissione Europea e gli interventi possono proseguire per la rimanente porzione del sito (30%) senza limitazioni temporali connesse al PNRR.

All'atto pratico, stando agli accordi di programma sottoscritti per l'esecuzione degli interventi, la strategia sembra quella di voler comunque considerare la scadenza del I Trimestre 2026 quale relativa al completamento degli interventi e raggiungere quindi con congruo anticipo il target 70% di superficie riqualificata.

Figura 12 Rappresentazione grafica della possibilità di discretizzare per sub aree il sito e identificare aree non contaminate senza necessità di intervento e aree sulle quali eseguire un

Si osservino i dati delle seguenti programmazioni, relative agli accordi di programma sottoscritti dalle regioni indicate.

Regione Toscana

ID	Superficie da riqualificare (m ²)		Finanziamento (€)	Obiettivo riqualificazione	
	<i>totale</i>	<i>target 70%</i>		<i>target 70%</i>	<i>totale</i>
1	10.000	7.000	10.000.000	1°T 2025	1°T 2026
2	30.000	21.000	2.650.000	2°T 2025	1°T 2026
3	14.260	9.982	5.000.000	4°T 2025	1°T 2026
4	38.000	26.600	6.250.000	2°T 2025	1°T 2026
5	40.000	28.000	550.000	3°T 2025	1°T 2026
6	13.802	9.661	2.500.000	3°T 2025	1°T 2026
7	70.000	49.000	1.100.000	3°T 2025	1°T 2026
8	32.650	22.855	1.268.239	4°T 2025	1°T 2026
9	19.300	13.510	960.000	3°T 2025	1°T 2026

Regione Lazio

ID	Superficie da riqualificare (m ²)		Finanziamento (€)	Obiettivo riqualificazione	
	<i>totale</i>	<i>target 70%</i>		<i>target 70%</i>	<i>totale</i>
1	214.257	149.979	14.000.000	4°T 2025	1°T 2026
2	1.421.622	995.135	13.000.000	4°T 2025	1°T 2026
3	110.000	77.000	7.000.000	3°T 2025	1°T 2026
4	2.335	1.634	4.000.000	4°T 2025	1°T 2026

In generale la definizione di cronoprogrammi di dettaglio ha evidentemente alla base un quadro conoscitivo strutturato che permette di definire compiutamente le azioni da realizzare ed i tempi necessari. Inoltre, comprimere il cronoprogramma è uno strumento che può aiutare a gestire ritardi durante lo svolgimento delle attività.

Per contro l'adozione di un cronoprogramma che riguarda un obiettivo non "effettivamente necessario" (il totale della riqualificazione al 1°T 2026) potrebbe appesantire tutte le attività connesse al raggiungimento di quell'obiettivo soprattutto senza una corretta individuazione dei rischi connessi alle singole lavorazioni e, nel complesso, risultare eccessivamente sfidante.



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 processi¹.

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".



profili². 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 magistratura³. 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 giudiziario⁴.

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 magistratura⁵. Si tratta di un capitolo tutt'altro che chiuso, come dimostra la recente esternazione del prof. Nicolò Zanon, già giudice costituzionale⁶. 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 Deputati⁷. 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 adottati 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 giuridico⁸. 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 ritenesse 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 Magistratura⁹.

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 rimarcato¹¹. 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 incerto¹². Fermo

¹⁰ Corte costituzionale, comunicato stampa dd. 18 dicembre 2023, in www.cortecostituzionale.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 rinvergono plessi di norme immediatamente in vigore, alcune delle quali particolarmente significative nella prospettiva del funzionamento della macchina giudiziaria¹³, 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 nonché 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 sottosectori 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, Accredimento (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.

