

ISSN 1974-9562

ANNO - XXV



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

All'interno i contributi dei seguenti Autori:

SAGGI: Vincenza Caracciolo – Francesco Armenante – Giandomenico Salcuni – Francesco Federico Guzzi – Ugo Salanitro – Massimino Crisci – Silvia Zanini – Caterina Adamo – Luigi Colella – Giacomo Menegus – Simone Francesco Cociani – Riccardo Maraga – Marcella Miracolini – Eugenio Erario Boccafurni – Angela Marcianò – **FOCUS:** Francesca Consorte – Pierluigi Zarra – Moriconi – **OSSERVATORI:** Andrea Giocondi – Andrea Greco – Gaia Gandolfi – Andrea De Lia – Cesare Mainardis – Claudia Fava – Michele Mauro – Ambra Mostarda – Alessia Riommi – Chiara Trotta – Giuseppe Farcomeni.

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE[®]

Anno 2025 - 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

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

DIRETTORI SCIENTIFICI:

Giuseppe Albenzio *Vice Avvocato Generale dello Stato*

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

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

COMITATO DIRETTIVO:

Paolo Bianchi *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Camerino* – **Simone Budelli** *Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Perugia* – **Agatino Cariola** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania* – **Guglielmo Cevolín** *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 – **Francesco Armenante** Professore aggregato in Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Salerno – **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 – **Andrea Giordano** Magistrato Corte dei Conti – **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 Ordinario 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 – **Antonino Longo** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Catania – **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 Nespor** 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) – **Ida Tascone** Magistrato TAR Lazio – **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) – **Claudia Fava** (Ricercatrice confermata e Professore aggregato di Diritto Tributario – Università degli Studi della Calabria) – **Aniello Formisano** (Dottore di ricerca in diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli “Parthenope”) – **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) – **Laura Pergolizzi** (Ricercatrice di Diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche dell'Università degli Studi di Messina) – **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) – **Lorenzo De Gregoriis** (Università degli Studi di Teramo) – **Angelo Delogu** (Università degli Studi di Urbino Carlo Bo) – **Andrea De Lia** (Avv. penalista e Docente a contratto di Diritto penale) – **Giovanni D'Alessandro** (Università "Niccolò Cusano" di Roma) – **Augusto Di Cagno** (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro") – **Viviana Di Capua** (Università di Napoli Federico II) – **Maria Rosaria Di Mattia** (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – **Ruggero Dipace** (Università degli Studi del Molise) – **Enzo Di Salvatore** (Università degli Studi di Teramo) – **Caterina Drigo** (Università di Bologna) – **Pietro Faraguna** (Università degli Studi di Trieste) – **Daniela Ferrara** (Università degli studi di Palermo) – **Maria Dolores Ferrara** (Università degli Studi di Trieste) – **Luigi Ferrara** (Università di Napoli Federico II) – **Claudio Galtieri** (Doc. Univ. di Modena-R.Emilia, già Proc. Gen. Corte dei Conti) – **Biagio Giliberti** (Universitas Mercatorum) – **Valentina Giomi** (Università degli Studi di Pisa)

– **Dimitri Girotto** (Università degli Studi di Udine) – **David Grifoni** Avvocato del Foro di Firenze – **Emanuele Guarna Assanti** (Università degli Studi Guglielmo Marconi) – **Francesca Guerriero** (Avv. penalista del Foro di Roma) – **Antonio Guidara** (Università degli Studi di Catania) – **Anna Rita Iacopino** (Università degli Studi dell’Aquila) – **Paolo Iafrate** (Università degli studi di Roma “Tor Vergata”) – **Armando Lamberti** (Università degli Studi di Salerno) – **Agatino Giuseppe Lanzafame** (Referendario TAR LAZIO) – **Nicoletta Laurenti Collino** (Dottoranda in Diritto Pubblico, interateneo Trieste-Udine) – **Vito Sandro Leccese** (Università degli Studi di Bari) – **Anna Lorenzetti** (Università degli Studi di Bergamo) – **Cesare Mainardis** (Università degli Studi di Ferrara) – **Marco Mancini** (Università Ca’ Foscari di Venezia) – **Giovanna Marchianò** (Università degli Studi di Bologna) – **Karla Georgina Martinez Herrera** (Università degli Studi di Brescia) – **Donatantonio Mastrangelo** (Università degli Studi di Bari) – **Giovanna Mastrodonato** (Università di Bari) – **Mezzacapo Domenico** (Università La Sapienza di Roma) – **Giulia Milo** (Università degli Studi di Trieste) – **Giuseppe Misserini** (Università degli Studi di Bari) – **Viviana Molaschi** (Università degli Studi di Bergamo) – **Davide Monego** (Università degli Studi di Trieste) – **Susana Moreno Caliz** (Universitat de Barcelona) – **Asensio Navarro Ortega** (Universidad de Granada) – **Alberto Oddenino** (Università degli Studi di Torino) – **Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro** (Centro Universitario Estácio da Amazônia) – **Vittorio Pampanin** (Università degli Studi di Pavia) – **Vera Parisio** (Università degli Studi di Brescia – Esperta in materia ambientale) – **Maria Antonella Pasculli** (Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”) – **Paolo Patrito** (Università degli Studi di Torino) – **Mauro Pennasilico** (Università degli Studi di Bari Aldo Moro) – **Vincenzo Pepe** (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – **Francesco Perchinunno** (Università degli Studi di Bari) – **Antonio Persico** (Dottorando in Diritto Pubblico – Università degli studi di Roma La Sapienza) – **Agostino Sola** (Avvocato in Roma e dottorando di ricerca presso l’università LUISS di Roma) – **Alberto Pierobon** (Consulente per Enti in materia ambientale) – **Olivia Pini** (Università degli Studi di Modena) – **Rolando Pini** (Università degli Studi di Bologna) – **Patrizia Pinna** (Avvocato dello Stato presso l’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze) – **Carminè 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 Tuscia) – **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) – **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) – **Francesca Zagaria** (Università di Napoli Parthenope).

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 – *Luigi Carbone*, 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 – *Lamberti Fabiola*, Ricercatrice di diritto del lavoro Università degli Studi Roma Tre – *Mostarda Ambra*, Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro Università Ca' Foscari.

Comitato di Referaggio: *I referaggi sono svolti dai referees della Rivista ai sensi delle disposizioni ANVUR.*

I quaderni di AmbienteDiritto

COLLANA DI DIRITTO PUBBLICO

Comitato di Direzione composto dai Prof.ri del C.D. della Rivista

Comitato Scientifico composto dai Prof.ri: **Belletti Michele, Bianchi Paolo, Budelli Simone, Cassese Sabino, Cerrina Feroni Ginevra, Chiarelli Raffaele, Regasto Saverio.**

COLLANA DI DIRITTO DEL LAVORO

Comitato di Direzione composto dai Prof.ri: **Bellomo Stefano, Mezzacapo Domenico, Preteroti Antonio, Sánchez-Urán Azaña María Yolanda.**

Comitato Scientifico composto dai Prof.ri: **Alvino Ilario, Cairoli Stefano, Ciucciovino Silvia, Ferraro Fabrizio, Maresca Arturo, Ponte Flavio, Sánchez Trigueros Carmen, Valente Lucia.**

COLLANA DI DIRITTO PENALE

Comitato di Direzione composto dai Prof.ri: **Adelmo Manna** (Professore Emerito di Diritto penale presso l'Università di Foggia) – **Bartolomeo Romano** (Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Palermo) – **Luigi Foffani** (Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Modena e Reggio Emilia).

Comitato Scientifico composto dai Prof.ri: **Elio Romano Belfiore** (Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Foggia) – **Andrea Castaldo** (Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Salerno) – **Gian Paolo Demuro** (Professore Ordinario presso l'Università di Sassari) – **Giuseppe Losappio** (Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Bari) – **Annamaria Peccioli** (Professoressa Ordinaria di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Genova) – **Nicola Pisani** (Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Teramo) – **Giandomenico Salcuni** (Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Foggia) – **Andrea Sereni** (Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Perugia) – **Filippo Bellagamba** (Professore Associato di Diritto penale presso l'Università di Siena) – **Maurizio Riverditi** (Professore Associato di Diritto penale presso l'Università di Torino) – **Gianluca Ruggiero** (Professore Associato di Diritto penale presso l'Università del Piemonte Orientale) – **Maria Grazia Vagliasindi** (Professoressa Associata di Diritto penale presso l'Università di Catania).

I volumi delle collane sono sottoposti a doppio referaggio cieco da parte di valutatori esterni esperti delle materie trattate.

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
SAGGI.....	17
GLI INTERVENTI NELLE AREE PROTETTE	18
Vincenza Caracciolo La Grotteria	18
I TITOLI ABILITATIVI "MINORI" E IL POTERE DI RIESAME	32
Francesco Armenante.....	32
LA PRESCRIZIONE DEL REATO E DEL PROCESSO: UN EQUILIBRIO DA RITROVARE..	68
Giandomenico Salcuni	68
LA TUTELA DELLA SALUTE NEL SISTEMA NAZIONALE.....	94
Federico Francesco Guzzi.....	94
LA TUTELA PREVENTIVA DELLA BIODIVERSITÀ NEL REGOLAMENTO EUROPEO SUL RIPRISTINO DELLA NATURA (NATURE RESTORATION LAW).....	149
Ugo Salanitro.....	149
LO SVILUPPO DELLA I.A. DA PARTE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: DALL'ECCESSO DI PRECAUZIONE AL PRINCIPIO DI "INNOVAZIONE SICURA"	161
Massimino Crisci	161
QUALE SPAZIO PER LA TUTELA DEL BENESSERE DEI CROSTACEI DESTINATI AL CONSUMO NELLA LEGISLAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA	183
Silvia Zanini.....	183
RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE PER LA TUTELA AMBIENTALE E GARANZIE GIURISDIZIONALI. IL RILIEVO DELLE AREE PROTETTE.....	211
Caterina Adamo.....	211
TUTELA DELL'AMBIENTE E GIUSTIZIA CLIMATICA IN INDIA: VERSO UN DIRITTO (COSTITUZIONALE) AL CLIMA?.....	232
Luigi Colella	232
SUSTAINABLE TOURISM LAW IN ITALY? YET TO COME.....	262
Giacomo Menegus.....	262
SEZIONE SPECIALIZZATA – DIRITTO DEL LAVORO.....	290
ALI (AMBIENTE, LAVORO, IMPRESA).....	290



APPALTO DI SERVIZI, CERTIFICAZIONE DEL CONTRATTO E RIQUALIFICAZIONE DEL FATTO ECONOMICO A RILEVANZA TRIBUTARIA.....	291
Simone Francesco Cociani.....	291
L'INFORMAZIONE SINDACALE NELL'ERA DELL'IA: VERSO NUOVI SPAZI DI PARTECIPAZIONE DEI LAVORATORI NELL'IMPRESA?	315
Riccardo Maraga.....	315
LA PREVIDENZA COMPLEMENTARE NELL'ERA DELLE TRANSIZIONI	335
Marcella Miracolini	335
NON PIÙ SOLO "UOMINI E CAPORALI", L'ART. 603 BIS C.P. E IL SUO DIFFICILE RAPPORTO CON LE MODERNE RELAZIONI INDUSTRIALI	365
Eugenio Erario Boccafurni	365
RECLUTAMENTO INFORMALE E SFRUTTAMENTO DI MANODOPERA NEL SETTORE AGRICOLO TRA VECCHI E NUOVI MODELLI DI INSICUREZZA	390
Angela Marciànò	390
FOCUS.....	412
NOVITÀ DAL WTO, LA PRIMA PUBBLICAZIONE SU: «ILLICIT TRADE IN FOOD AND FOOD FRAUD»	413
Francesca Consorte.....	413
AMBIENTE ED ECOMAFIE: UN CONNUBIO INDISSOLUBILE NELL'ECONOMIA CIRCOLARE. L'OPERATIVITA' ECOMAFIOSA 2023- 2024. STRUMENTI ABLATORI DELLE CONFISCHE AMBIENTALI.....	422
Pierluigi Zarra	422
LA DIFFAMAZIONE TRAMITE SOCIAL: ULTIME DALLA CASSAZIONE	469
Moriconi.....	469
OSSERVATORIO	478
OSSERVATORIO DI DIRITTO CIVILE.....	479
Andrea Giocondi - Andrea Greco	479
OSSERVATORIO DI DIRITTO PENALE SOSTANZIALE	493
Gaia Gandolfi – Andrea De Lia	493
OSSERVATORIO DI DIRITTO DELL'ENERGIA	517
Cesare Mainardis.....	517
OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO TRIBUTARIO	525
Claudia Fava – Michele Mauro - Giuseppe Farcomeni.....	525
OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA SULLA SICUREZZA SUL LAVORO.....	537



Ambra Mostarda - Alessia Riommi - Chiara Trotta	537
Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT	557

SAGGI



GLI INTERVENTI NELLE AREE PROTETTE

Vincenza Caracciolo La Grotteria

abstract: il contributo affronta il tema relativo alla realizzazione di interventi ed opere all'interno delle aree protette soffermandosi sul potere dell'Ente Parco di rilasciare il preventivo nulla osta indispensabile per ottenere la concessione o autorizzazione per compiere l'opera nonché di ordinare la rimozione dei manufatti realizzati in assenza del nulla osta. Si evidenzia in particolare che i vizi del procedimento per l'autorizzazione all'edificazione all'interno dell'ente parco, non possono essere sanati successivamente né mediante sanzioni pecuniarie né mediante autorizzazioni postume, con la conseguenza che il provvedimento di rimozione e ripristino dello status quo ante costituisce la sola forma di tutela del patrimonio naturale.

This paper addresses the issue of carrying out interventions and works within protected areas, focusing on the power of the Park Authority to issue the prior authorization, which is essential to obtain the concession or authorization to carry out the work, as well as to order the removal of artifacts created without the authorization. It is particularly emphasized that the defects in the authorization procedure for building within the park authority cannot be remedied subsequently, either through pecuniary sanctions or through subsequent authorizations, with the consequence that the order for removal and restoration of the status quo ante constitutes the only form of protection of the natural heritage.

Aree Protette- Ente Parco - Nulla Osta -Regolamento:-Interventi-Ordine di Ripristino-Protezione Sostenibile-Pianificazione-Silenzio-Assenso-Potere Repressivo.

Protected Areas-Park Authority-Authorization-Regulation-Interventions-Restoration Order-Sustainable Protection Planning-Silent Consent-Repressive Power

SOMMARIO 1. Il procedimento per la realizzazione di interventi nei parchi naturali 2. La funzione regolatrice dell'Ente parco. 3. Il rilascio del nulla osta. 4. Il nulla osta *per silentium* 5. Il potere repressivo dell'Ente parco.

1. Il procedimento per la realizzazione di interventi nei parchi naturali.

La realizzazione di impianti, interventi e opere all'interno dei parchi naturali è soggetta ad una disciplina autorizzatoria speciale contenuta nella legge 16 dicembre 1991 n. 394 che, all'art.



13, dispone che il rilascio di concessioni o autorizzazioni riguardanti le predette attività da realizzarsi all'interno dei parchi è sottoposto al preventivo nulla osta dell'Ente parco.

Il Consiglio direttivo dell'Ente può affidare ad un comitato l'esame delle richieste di nulla osta. Tale organo è composto secondo le disposizioni contenute nel regolamento e si occupa di verificare la conformità dell'opera da realizzare alle disposizioni contenute nel piano e nel regolamento dell'Ente.

L'art. 11 della legge n.394/1991 dispone che le attività consentite all'interno del territorio del parco sono disciplinate dal regolamento e, tenuto conto che la norma riguarda beni oggetto di tutela costituzionale, va escluso il compimento di qualsiasi attività che non sia espressamente consentita dalla predetta fonte normativa posta a garanzia degli ambienti naturali¹. La norma precisa che le attività consentite non devono essere lesive dell'interesse protezionistico delle aree naturali, per cui ogni regolamento disciplina le tipologie di attività che possono essere realizzate, alla luce delle specifiche caratteristiche dell'area oggetto di tutela², tenuto conto nelle norme tecniche che devono essere applicate al fine di proteggere ogni specifico elemento del patrimonio naturale preservato all'interno di ciascun parco.

1 B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2001; L. DE PAOLI, *L'amministrazione dell'interesse ambientale*, Milano, 2002; G. DI PLINIO - P. FIMIANI (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, Milano, 2002; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002; D. AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Napoli, 2003; A. ABRAMI, *Il regime giuridico delle aree protette*, Torino, 2000; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; F. GABRIELE - A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005; P. LORENZETTI - R. LORENZETTI, *Diritto ambientale*, Napoli, 2020; G. DI PLINIO - P. FIMIANI (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, Milano, 2008; G. CORDINI - P. FOIS - S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Giappichelli, 2024.

2 La tutela dell'ambiente è stata oggetto di numerosi interventi normativi nazionali internazionali e comunitari che, a partire dagli anni '70, hanno gradualmente introdotto i principi di integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche comunitarie, sussidiarietà, azione preventiva, tutti tesi ad attribuire maggiore tutela alle aree naturali. La disciplina ha cominciato a prendere corpo in virtù dell'introduzione, con i trattati di Maastricht e di Amsterdam, dello «sviluppo sostenibile», del principio di integrazione dell'interesse ambientale nelle politiche comunitarie, nonché dell'elevato livello di tutela e di precauzione. In particolare il principio dello sviluppo sostenibile costituisce uno dei più importanti obbiettivi da raggiungere in materia di tutela ambientale ed è possibile individuarlo, oltre che nella disciplina comunitaria, anche in quella nazionale. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010; B. NASCIMBENE, *Ambiente (tutela) (diritto comunitario)*, in *Nss. D.I.*, app., 1980, I, 274; C. CURTI GIALDINO, *Ambiente (tutela dell')*, *diritto della Comunità europea*, in *Enc. giur.*, 1988, II; F. SALVIA, *L'inquinamento. Profili pubblicistici*, Padova, 1984; M. CAFAGNO, M. BUCELLO, *Inquinamento*, in *D. disc. pubbl.*, III, Torino, 1993. E. FAMELI, A. CAMMELLI, *Diritto all'informazione ambientale e sistemi informativi orientati al cittadino*, Padova, 1996; B. GAGLIARDI, *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali e la nozione di «ambiente» ai sensi dell'art. 2 del d.lg. n. 39 del 1997* (nota a Cons St., sez. V, 14 febbraio 2003 n. 816), in *Foro amm.*, 2003, 1036; V. SARCONI, *La specialità del diritto all'informazione ambientale* (nota a Tar Veneto 30 ottobre 2003 n. 5731), in *Foro amm.-Tar*, 2004, 71 ss. P. DELL'ANNO, *Il principio di maggiore protezione nella materia ambientale e gli obblighi comunitari di ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Foro amm-Tar*, 2002, 1431; P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 363 ss.



Al fine di assicurare la più ampia tutela, le aree protette vengono, di norma, istituite su beni demaniali *ab origine* o acquisiti dallo Stato per atti di imperio o negoziali, in quanto è senz'altro più agevole proteggere un'area che si trovi nella proprietà e disponibilità dello Stato piuttosto che di un privato nei cui confronti è necessario imporre numerose limitazioni³. Le aree naturali protette⁴ vengono individuate non in base al rilievo storico o sociale, così come accade per i beni culturali⁵, ma mediante l'utilizzo di criteri relativi alla qualità degli ecosistemi e agli equilibri che di essi vanno salvaguardati, nonché alla rarità degli elementi geologici o faunistici presenti nell'area stessa. Ne deriva che la tutela dei predetti beni non può essere realizzata attraverso la limitazione della proprietà, così come avviene per i beni culturali e paesaggistici, ma occorre assicurare che non venga modificato lo stato dei luoghi attraverso qualunque attività, comprese quelle economiche, sociali e ricreative.

Va, però evidenziato che, mentre in passato il parco naturale era considerato un sito da proteggere nella sua interezza in modo da evitare che forme diverse di interesse economico potessero contaminare o distruggere le bellezze ivi esistenti, con lo sviluppo della tecnologia e l'avanzare della logica economica, il concetto di protezione ha assunto una dimensione diversa proiettandosi dalla conservazione alla gestione, fruizione ed uso dei beni ambientali.

Sulle aree protette può essere, pertanto, vietato o limitato, mediante le previsioni regolamentari, lo svolgimento di attività agro-pastorale, nonché di circolazione, di caccia e pesca e raccolta di specie minerali o vegetali, ma va evidenziato che la possibilità di escludere l'intervento dell'uomo sulle aree protette muta a seconda che il sito si trovi in località prive di insediamenti sociali o nelle quali, al contrario, sussistano nuclei residenziali sulle cui condizioni di vita la tutela dell'area naturale possa incidere. In tal caso, la protezione dell'area non può tradursi nella totale astensione dell'uomo dallo svolgimento di qualunque attività

3 T. ALIBRANDI, P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 102 ss.

4 P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2003; G. CORDINI, *Parchi e aree naturali protette*, Padova, 2000; T. ALIBRANDI, P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 103; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2002; G. ACQUARONE, *I principi delle politiche pubbliche per la tutela dell'ambiente*, Torino, 2003, 143; N. LUGARESÌ, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2004; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2005.

5 M.S. Giannini, I beni culturali, in Riv trim dir. pubbl., 1976; M. Cantucci, Beni culturali e ambientali, in Nss. D.I., I, app. Torino, 1980; G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino, 1994; M.P. Chiti, *Beni culturali e comunità europea*, Milano, 1994; A. CARACCIOLO LA GROTTIERA, *I trasferimenti onerosi dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, Milano, 1998; M. Cammelli, *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, Bologna, 2000; G. Caia, *Il testo unico sui beni culturali ed ambientali*, Milano, 2000; N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002; F.S. Marini, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002; S. Foà, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2002; A. MANSI, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2004; M. Cammelli, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004; L. Tarasco *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Milano, 2004; M. CABIDDU, N. GRASSO, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2004.

sull'area stessa, ma è necessario che, fra gli obbiettivi da perseguire attraverso l'istituzione del parco, trovi collocazione lo sviluppo economico della zona⁶, purché sia subordinato alle esigenze primarie di protezione dell'ambiente⁷.

La tutela del patrimonio naturale sembra divisa fra l'esigenza di preservazione delle aree naturali e i benefici economici che dall'uso di esse può derivare⁸.

Individuare un punto di equilibrio tra i predetti interessi risulta indispensabile allo sviluppo che può essere realizzato a seguito di un'attenta ponderazione e della scelta, fra le possibili opzioni, di quella tecnicamente più valida ed opportuna.

La soluzione può consistere nel perseguimento sia della preservazione del bene che dell'utilizzo dello stesso, al fine di ottenerne vantaggi economici attraverso la c.d. ottimizzazione statica⁹ per l'economia della collettività che si realizza nei casi in cui il sacrificio del bene trovi adeguato ristoro nel vantaggio economico da esso derivante.

Altra teoria riguarda la c.d. ottimizzazione dinamica che privilegia la valorizzazione del progresso tecnologico, diretto a consentire che i beni ambientali, anche se sfruttati, vengano, comunque, preservati da ogni eventuale deterioramento connesso all'uso.

La tutela costituzionalmente garantita¹⁰ presenta gli aspetti sia della globalità che dell'integrità poiché le risorse naturali necessitano di protezione complessiva non limitata a specifici ed individuati elementi, ma riguardante le bellezze naturali in toto, nel rispetto delle loro peculiarità intrinseche, a prescindere dall'intervento della mano dell'uomo.

Il progresso e le innovazioni tecnico-scientifiche, tese sempre più all'acquisizione di utili derivanti dallo sfruttamento dei beni naturali, si pongono spesso in conflitto con le problematiche legate alla salvaguardia del bene protetto, tanto da rendere necessario l'utilizzo di un sistema che, pur consentendo lo sviluppo dell'area, ne garantisca la protezione.

Da qui l'introduzione e valorizzazione del concetto di «protezione sostenibile», stante il prevalere dell'interesse alla tutela ambientale sullo sviluppo, che può essere perseguito nei limiti in cui non determini l'alterazione delle aree protette.

6 In merito alle problematiche relative agli aspetti economici connessi all'uso dei beni culturali v. F. Forte, M. Mantovani, *Manuale di economia e politica dei Beni culturali*, Cosenza, 2004.

7 Corte cost. 22 maggio 1987 n. 210, in Riv. giur. ambiente, 1987, 337; Id. 30 dicembre 1987 n. 641, ivi, 1988, 93; cfr. Cass., sez. un., 25 gennaio 1989 n. 440, ivi, 1989, 104; Id. 3 febbraio 1998 n. 1087, ivi, 1998, 711.

8 N. GALLONI, *Dopo lo sviluppo sostenibile- l'ambiente come obbiettivo, la crescita come vincolo*, Bari, 2002, 14 ss.

9 R. Cullino, G. Sammarco, *Il bilancio ambientale d'impresa*, in *Ambiente e contabilità nazionale*, Bologna, 1993, 469 ss.

10 Tar Liguria, Genova, sez. I, 18 marzo 2004 n. 267, in Giustamm., n. 4/2004, secondo cui «La tutela dell'ambiente costituisce un 'valore' costituzionalmente protetto e pertanto deve essere assicurata in via prioritaria rispetto ai diversi e spesso confliggenti interessi di minor rango con cui venga a confrontarsi e non può certo essere aprioristicamente limitata sul piano oggettivo a talune categorie di atti, ben potendo e dovendo, viceversa, essere perseguita con riguardo a qualsiasi provvedimento se ed in quanto incisivo del valore protetto»

Il tradizionale concetto di sviluppo sostenibile pone l'attenzione sull'esigenza di trarre dei benefici economici, derivanti dallo sfruttamento del bene ambientale, purché da ciò non derivi un danneggiamento permanente del bene stesso.

In alcuni casi, al fine di privilegiare l'interesse allo sviluppo, si permette che il bene venga aggredito, purché possa rigenerarsi nel rispetto dei cicli riproduttivi della natura. Al contrario la «protezione sostenibile» si traduce nella conservazione delle risorse naturali allo scopo di ottenere dei vantaggi economici, in quanto essi sono assicurati proprio dall'assenza di contaminazione delle bellezze della natura il cui apporto economico non è dato dal relativo sfruttamento, ma dalla protezione dello stato in cui si trovano. La protezione delle aree deve pertanto essere completa ed imprescindibile a meno che non sia possibile perseguire interessi diversi, senza che i beni ambientali subiscano alcuna significativa alterazione.

2. La funzione regolatrice dell'Ente parco.

La legge quadro, nel costituire una situazione giuridica di tipo vincolistico sulle aree protette¹¹ attribuisce agli enti di gestione dei parchi funzioni di pianificazione, poteri statutari, regolamentari e di autotutela, nonché funzioni di promozione di attività scientifico-ricreative e di attività economiche, purché compatibili con la tutela «integrale» delle aree naturali. A tal fine vengono stipulati accordi di programma tra il Ministero dell'ambiente, le regioni e altri soggetti pubblici e privati, per lo sviluppo di azioni economiche sostenibili anche attraverso l'uso di risorse finanziarie nazionali e comunitarie.

La predetta autonomia regolamentare e di pianificazione permette all'ente parco di disciplinare le attività consentite all'interno dell'area e le modalità attraverso le quali esse possono essere svolte.

Il piano e il regolamento dell'ente parco sono fonti speciali aventi carattere imperativo e vincolante sia nei confronti delle amministrazioni che dei soggetti privati e devono essere applicati anche dagli enti locali che non possono autorizzare la realizzazione di opere che compromettano la salvaguardia del paesaggio e delle aree protette¹².

Trattandosi di aree soggette al vincolo stringente di tutela e salvaguardia vi è un divieto generalizzato allo svolgimento di attività che non siano espressamente consentite, per cui la legge prevede una elencazione di carattere generale delle tipologie di interventi che potrebbero essere svolti ma che devono essere oggetto di regolamentazione specifica.

¹¹ T. ALIBRANDI, T. FERRI, *I beni culturali ed ambientali*, cit., 108.

¹² G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino, 1994; G. Di Plinio - P. Fimiani, *L'ordinamento delle aree protette*, Pescara, 1997; F. Albisinni, *Aree protette e sviluppo rurale: luoghi e regole d'impresa*, in *Diritto e giur. agr. alim. e amb.*, 2002, 10, 550; F. Di Dio, *La classificazione normativa delle aree naturali protette di diritto comunitario: rilievi critici e problemi aperti*, ivi, 2005, 6, 358; N. Ferrucci, *L'approccio del legislatore italiano alla materia delle aree protette*, ivi, 2006, 3, 147 ss.

In particolare il regolamento deve precisare la tipologia e le modalità di costruzione di opere e manufatti, lo svolgimento delle attività artigianali, commerciali e di servizio, il soggiorno e la circolazione del pubblico con qualsiasi mezzo di trasporto, lo svolgimento di attività sportive, ricreative ed educative nonché lo svolgimento di attività di ricerca scientifica e biosanitaria, i limiti alle emissioni sonore o luminose, lo svolgimento delle attività da affidare a interventi di occupazione giovanile e di volontariato, l'accessibilità, in ottica inclusiva, al territorio del parco¹³.

Al fine di accertare che le opere che si intendono realizzare all'interno del parco siano conformi alla disciplina contenuta nel piano e nel regolamento, è indispensabile il nulla osta dell'Ente parco. Trattandosi di disciplina altamente specialistica volta a tutelare un diritto fondamentale, il nulla osta dell'unico soggetto pubblico dotato della competenza di stabilire se la realizzanda opera sia conforme al regolamento e non sia pregiudizievole della salvaguardia dell'area protetta, costituisce elemento indefettibile del procedimento, con conseguente natura abusiva dell'opera in mancanza del predetto atto.

Ne consegue che, nel caso di mancanza del preventivo nulla osta, i provvedimenti di concessione ed autorizzazione relativi ad interventi, impianti ed opere all'interno di un parco sono illegittimi poiché il legislatore ha chiaramente previsto il nulla osta come atto destinato a precedere il rilascio di provvedimenti abilitativi "puntuali"¹⁴.

3. Il rilascio del nulla osta.

Il nulla osta emesso dall'Ente parco è un atto endoprocedimentale che costituisce il momento conclusivo di un sub procedimento al quale segue un provvedimento di tipo concessorio o autorizzatorio emesso da altro ente. Si tratta di un atto indispensabile al fine di preservare l'area dagli interventi antropici che possano determinarne l'alterazione e si traduce in un accertamento mediante il quale l'Ente verifica la conformità dell'opera al regolamento.

13 E. FALCONE, *Il raccordo fra la valorizzazione naturalistica e lo svolgimento di attività produttive compatibili nei parchi naturali: ipotesi di ricostruzione sistematica*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, 5, 635 ss.; ID., *La valorizzazione naturale nei Parchi nazionali, con particolare riferimento all'attività istituzionale svolta nelle Cinque Terre*, *ivi*, 2006, 2, 230 ss.; L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano 2005; E. CARACCILO LA GROTTIERA, *Osservazioni sui limiti alle attività economiche derivanti da esigenze di tutela paesaggistica ed ambientale*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2005, 2, 481 ss.

14 T.A.R. Campania - Salerno, Sez. II 28 marzo 2024, n. 752, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>, secondo cui «Nell'ipotesi di opere abusive realizzate all'interno di Parchi Nazionali, sussiste la competenza dell'Ente Parco ad adottare provvedimenti di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi, in quanto il potere di ordinanza esercitato dal predetto Ente si fonda sulle specifiche finalità di tutela ambientale, poste a fondamento della sua stessa istituzione, tramite l'esercizio di un potere incardinato in virtù della legislazione statale in materia urbanistico-ambientale (l. n. 394/1991) e finalizzato a proteggere le aree sottoposte a vincolo da attività edilizia non conforme alla normativa». Cfr. T.A.R. Campania - Napoli, Sez. III 2 ottobre 2023, n. 5351, *Riv. giur. edil.*, 2023, 6, I, 1318.

La Corte costituzionale, nel richiamare la normativa comunitaria in materia di valutazione di impatto ambientale (direttiva del Consiglio 85/337/Cee del 27 giugno 1985), ha precisato che il concetto di tutela dell'ambiente ricomprende la conservazione, la gestione e il miglioramento delle condizioni naturali, l'esistenza nonché la «preservazione» del patrimonio terrestre e marino e di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale e che nonostante la sussistenza delle predette componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, separatamente, oggetto di cura e di tutela, l'ambiente viene considerato un bene immateriale riconosciuto e tutelato nella sua unitarietà¹⁵.

Altro orientamento della dottrina tradizionale, negando l'unitarietà dell'ambiente e, ritenendo indispensabile la distinzione in settori della normativa in materia ambientale, assume la sussistenza di diversi beni, quali il paesaggio, l'aria, le risorse idriche e geologiche, la flora, la fauna, tutti oggetto di tutela giuridica distinta¹⁶.

Ai fini del rilascio del nulla osta il comitato nominato ad hoc dal Consiglio direttivo dell'ente si occupa di verificare che l'attività da realizzare sia conforme alle disposizioni contenute nel piano e nel regolamento, esprimendo non una valutazione di compatibilità ma una verifica di conformità così come espresso dalla norma. Infatti, il nulla osta di cui all'art. 13 l. n. 394 del 1991 ha ad oggetto la previa verifica di conformità dell'intervento con le disposizioni del piano (che persegue la tutela dei valori naturali ed ambientali affidata all'Ente parco) e del regolamento (che disciplina l'esercizio delle attività consentite entro il territorio del parco).

I predetti atti generali e di pianificazione sono strumenti essenziali e indispensabili per la cura dell'interesse naturalistico e ambientale che costituisce la ragione dell'istituzione del parco. Essi disciplinano in dettaglio e per tutto il territorio del parco gli interventi e le attività vietati e quelli solo parzialmente consentiti, le loro ubicazioni, destinazioni e modalità di realizzazione, al fine di garantire la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale¹⁷.

15 Corte cost. 22 maggio 1987 n. 210, in Riv. giur. ambiente, 1987, 337; Id. 30 dicembre 1987 n. 641, ivi, 1988, 93; cfr. Cass., sez. un., 25 gennaio 1989 n. 440, ivi, 1989, 104; Id. 3 febbraio 1998 n. 1087, ivi, 1998, 711. S. Grassi, Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente, in *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 916; N. Greco, *La costituzione dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 1996; A. GUSTAPANE, *Tutela dell'ambiente*, in Enc. dir., XLV, Milano, 1992, 413.

16 M.S. Giannini, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1971, 1122; Id., «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, ivi, 1973, 15; Id., *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e di gestione del territorio*, ivi, 1975, 479.; E. Capaccioli, A. Dal Piaz, *Ambiente*, in Nss. D.I., app., I, Torino, 1980, 257; A. Predieri, *Paesaggio*, in Enc. dir., XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 503. In giurisprudenza Cons. St., sez. IV, 11 aprile 1991 n. 257, in Riv. giur. ambiente, 1992, 130

17 G. BELLOMO, *I modelli di conservazione e valorizzazione nelle aree naturali protette: profili italiani e comparati*, in Riv. giur. amb., 2008, 2, 291.

A differenza della valutazione di compatibilità, la verifica di conformità pone a confronto gli interventi prospettati concretamente con le figure previste in senso astratto e non comporta, pertanto, un giudizio tecnico-discrezionale autonomo e diverso da quello già dettagliatamente compiuto nell'ambito degli atti di pianificazione e regolamentari.

Il nulla osta va distinto dall'autorizzazione paesaggistica agli interventi, agli impianti e alle opere da realizzare in quanto si tratta di un atto endoprocedimentale prodromico al rilascio dell'autorizzazione e non riguarda altri specifici interessi tutelati mediante appositi procedimenti a elevato contenuto tecnico, come avviene per le autorizzazioni paesaggistiche, idrogeologiche, archeologiche né presuppone una valutazione concernente la concreta compatibilità dell'intervento con un vincolo.

Tali valutazioni tecnico-discrezionali sono compiute *ex ante* nel momento in cui vengono redatti il piano e il regolamento che definiscono, nel dettaglio, i limiti entro cui gli interventi non producono ripercussioni sugli aspetti naturalistici, paesaggistici e ambientali dell'area, fissando il divieto di trasformazione o i limiti di accettabilità delle trasformazioni del territorio interno all'area del parco.

Ne consegue che il potere esercitato al momento del rilascio del nulla osta è di natura vincolata e non discrezionale in quanto l'organo chiamato ad esprimersi si limita a porre in raffronto l'opera da realizzare con la disciplina di dettaglio, fermo restando che può verificarsi l'esigenza dell'esercizio del potere valutativo-discrezionale, soprattutto laddove sia posta all'attenzione dell'organo una questione non prevista in modo espresso dal regolamento. In tal caso trova applicazione il principio generale dei poteri impliciti che l'organo potrà esercitare nei limiti delle previsioni del piano e del regolamento.

4. Il nulla osta per *silentium*

La legge quadro se da una parte impone tutta una serie di limiti e controlli volti a preservare le aree protette dall'azione pregiudizievole dell'uomo, prevede l'applicazione del principio di semplificazione mediante l'istituto del silenzio assenso in modo che il procedimento per il rilascio di autorizzazioni e concessioni possa concludersi nei tempi previsti laddove le opere che si intendono realizzare siano pienamente conformi alla normativa regolamentare.

La su menzionata disposizione preveda infatti che decorso inutilmente il termine di 60 giorni dalla richiesta, il nulla osta si intende rilasciato, mentre l'eventuale diniego espresso è immediatamente impugnabile ed è sottoposto ad ampia pubblicità sia all'albo del Comune nel cui territorio ricade il parco sia all'albo dell'Ente parco che dà notizia con pubblicazione degli estratti dei nulla osta rilasciati e di quelli negati. Il nulla osta, infatti, pur essendo un atto endoprocedimentale, può essere autonomamente impugnato, proprio perché i suoi effetti sono immediatamente lesivi, pur non trattandosi di un atto di natura provvedimentale e i soggetti

interessati devono essere messi nelle condizioni di conoscere tempestivamente il diniego di nulla osta e di impugnare l'atto entro il termine di sessanta giorni indicato dalla legge.

L'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso nei procedimenti riguardanti gli interessi ambientali è stata oggetto di acceso dibattito a seguito della modifica apportata all'art.20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 dall'art. 3, comma 6-ter, d.-l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

In merito l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è espressa, con decisione n. 17/2016, sulla questione sollevata a seguito del contrasto giurisprudenziale sul tema¹⁸, della presunta abrogazione dell'art. 13, comma 1 e 4 della legge n.394/1991 (secondo cui «decorso inutilmente» il termine di sessanta giorni dalla richiesta di nulla osta per concessioni o autorizzazioni relative a interventi «il nulla osta si intende rilasciato») ad opera dell'art. all'art.20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 («Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza,

18 Ad. Plen., 27 luglio 2016 n. 17 Secondo un primo orientamento, (espresso dalla VI Sezione del Consiglio di Stato con le decisioni n. 6591 del 2008 e n. 3047 del 2014) sarebbe possibile fornire risposta positiva alla tesi che postula la perdurante operatività del meccanismo del silenzio assenso previsto dall'art. 13 l. n. 394 del 1991 in quanto: a) la formulazione letterale dell'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, in base al quale "le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e ai procedimenti riguardanti il patrimonio culturale, e paesaggistico e l'ambiente" perimetrerebbe il proprio campo applicativo escludendo da quest'ultimo le ipotesi di silenzio-assenso previste, anche nell'ambito di procedimenti dello stesso tipo di quelli richiamati, da disposizioni precedenti (quale, appunto, quella che viene in rilievo nella odierna fattispecie);b) l'argomento teleologico rafforzerebbe quanto già emergente dal dato letterale, in quanto la ratio della riforma della legge n. 241 del 1990 (introdotta con la citata legge n. 80 del 2005) è stata quella di ampliare l'istituto del silenzio-assenso; c) ciò si porrebbe altresì in linea con il principio di specialità, impedendo di ritenere abrogate previgenti norme specifiche con le quali è stato prevista l'operatività del sistema del silenzio-assenso nelle materie indicate dall'art. 20, comma 4 della legge n. 241/1990, ove già esistenti, stante la sostanziale diversità degli ambiti di normazione in considerazione; d) tali conclusioni sarebbero avvalorate, nello specifico caso, dalla considerazione che non sarebbero ipotizzabili espressi od impliciti divieti, derivanti dall'ordinamento comunitario o dal rispetto dei principi costituzionali in quanto la fattispecie del silenzio assenso per il rilascio del nulla osta dell'Ente Parco integra un procedimento caratterizzato da un tasso di discrezionalità non elevato, in cui ulteriori specifici interessi ambientali vengono valutati in modo espresso, tramite autorizzazioni paesaggistiche (come accaduto per la fattispecie all'esame), idrogeologiche, archeologiche. Secondo un opposto orientamento, invece (espresso dalla IV Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 28 ottobre 2013, n. 5188, ma anche implicitamente da Cons. Stato, III, 15 gennaio 2014, n. 119; IV, ord. 19 novembre 2014, n. 5531) sussisterebbe un conflitto tra la norma contenuta nell'art. 20, comma 4, l. n. 241 del 1990 (come sostituita dalla l. n. 80 del 2005) e la disposizione dell'art. 13 l. n. 394 del 1991 ed a fronte di tale contrasto dovrebbe prevalere la norma generale sopravvenuta in quanto: a) entrambe le norme avrebbero la medesima natura procedimentale e disciplinerebbero lo stesso istituto operante in materia edilizia-ambientale; b) tra le due previsioni quindi non si configurerebbe un rapporto di specialità ed il conflitto tra le dette due disposizioni, disciplinanti il medesimo istituto procedimentale del silenzio-assenso, dovrebbe essere risolto alla luce della successione nel tempo tra due norme generali in forza del quale la legge posteriore abroga la legge anteriore con essa incompatibile (art. 15 cod. civ.).



l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali ...»).

L'adunanza plenaria ha affermato che l'art 13 della legge quadro sulle aree protette trova ancora applicazione anche a seguito della modifica apportata all'art 20 della legge 241/1990, articolando una dettagliata motivazione.

Il Collegio, richiamando il principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, ha affermato che vi è abrogazione tacita di una legge quando sussiste incompatibilità fra nuove e precedenti leggi o quando fra le due leggi vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione (Cass., I, 21 febbraio 2001, n. 2502).

Nel caso di specie, l'art. 13 della legge n. 394 del 1991 ha disposto una particolare strutturazione del procedimento finalizzato a garantire la piena tutela dell'interesse protetto e non si trova in contrasto con la legge generale sul procedimento amministrativo.

Infatti, l'art. 20 della legge 241/1990 prevede l'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso in via generale mentre l'art 13 della legge 394/1991 dispone il maturarsi del silenzio rispetto allo specifico procedimento relativo alla protezione dell'interesse ambientale.

Ne consegue che non sia configurabile l'abrogazione della disposizione sulla disciplina specifica che concerne le sole ipotesi di rilascio di titoli abilitativi "puntuali", laddove è necessario apprezzare, in modo compiuto e globale, solo l'eventuale superamento dei limiti relativi alla trasformazione del territorio¹⁹.

Va in particolare evidenziato che il nulla osta, a differenza dell'autorizzazione paesaggistica agli interventi è un atto presupposto al rilascio dell'autorizzazione o concessione ed è finalizzato esclusivamente all'accertamento della conformità degli interventi alle previsioni regolamentari²⁰. Ne deriva che l'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso si traduce nell'utilizzo di uno strumento di semplificazione procedimentale, rispetto a valutazioni che contengono un tasso di discrezionalità non particolarmente elevato.

Anche la giurisprudenza comunitaria²¹ è conforme a tale orientamento poiché ha ritenuto la definizione tacita del procedimento non compatibile con la tutela degli interessi ambientali solo se, per garantire l'effettività degli interessi tutelati, fosse necessaria una espressa valutazione amministrativa caratterizzata da ampio margine di discrezionalità.

Discende che il silenzio-assenso di cui all' art. 13, può applicarsi solo allorquando siano stati redatti sia il piano che il regolamento del parco che costituiscono il presupposto indispensabile per la verifica di conformità necessaria ai fini del rilascio del nulla osta²².

¹⁹ Ad plen. 24 maggio 2016, n. 9.

²⁰ In tal senso Corte Cost., 29 dicembre 2004, n. 429

²¹ Corte giust. Sent. 28.2.1991 causa C-360/87

²² M. CERUTI, *L'istituzione ed il nulla osta delle aree naturali protette nella recente giurisprudenza ordinaria, amministrativa e costituzionale*, in Riv. Giur. ambiente, 1/2003, 185 ss.

Con recente decisione il Consiglio di Stato²³ ha affrontato la questione relativa all'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso ai fini del rilascio del nulla osta in mancanza del regolamento.

La questione nasce dall'impugnativa, proposta innanzi al TAR Toscana, del provvedimento di sospensione dell'attività di sosta dei camper e del diniego di rilascio di nulla osta per la realizzazione di un'area dedicata alla sosta dei predetti mezzi all'interno della zona destinata a Parco Giochi e Parcheggio già esistenti, nonché per l'apporto, al fabbricato esistente, di alcune modifiche prospettiche.

L'Ente parco, pur autorizzando l'intervento di riqualificazione dell'area, ha rigettato la richiesta di nulla osta per come formulata dall'istante, motivando il rigetto sia alla luce del divieto di cambio di destinazione d'uso per attività extra agricole che per la mancata adozione del Regolamento del Parco in base al quale si dovrebbe accogliere o rigettare la richiesta di nulla osta.

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello ritenendo legittimi i provvedimenti dell'Ente, tenuto conto che il silenzio assenso in relazione alla richiesta di nulla osta non si è concretizzato sia perché la sospensione del procedimento di rilascio di nulla osta ha determinato anche la sospensione del previsto termine di sessanta giorni (decorsi i quali la richiesta si intende accolta) sia perché il parco in questione non è dotato del regolamento in relazione al quale deve essere pronunciato il nulla osta.

Ne deriva che il silenzio-assenso di cui all' art. 13, può applicarsi solo allorquando siano stati redatti sia il piano che il regolamento del parco che costituiscono il parametro di riferimento per la verifica di conformità necessaria ai fini del rilascio del nulla osta. Nel caso in cui la richiesta di nulla osta sia stata regolarmente presentata e non vi sia stato riscontro alcuno da parte dell'ente preposto, il silenzio non è un comportamento idoneo a costituire un atto di assenso a causa della mancanza del presupposto necessario alla pronuncia dell'Ente, sia essa espressa o tacita²⁴.

5. Il potere repressivo dell'Ente parco.

L'art. 13 della legge n. 394/1991 impone ai soggetti interessati alla realizzazione di opere all'interno del parco di richiedere ed ottenere dall'Ente Parco il previo nulla osta, precisando che, in difetto di tale atto, è attribuito all'Ente il potere di emettere ordinanza di rimozione

²³ Consiglio di Stato sez. III, 22/02/2024, n.1747

²⁴ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 170 ss.; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2015.

delle opere realizzate e di ripristino delle condizioni precedenti, con particolare riferimento alla ricostituzione delle specie vegetali e animali presenti nell'area protetta.

A norma dell'art. 29 della legge 394/1991 il potere inibitorio, di demolizione e remissione in pristino in ordine alle opere abusive realizzate all'interno del parco è attribuito direttamente all'ente gestore il quale, nel caso in cui venga esercitata un'attività in contrasto con il piano, il regolamento o in mancanza del nulla osta, può disporre l'immediata sospensione. Laddove l'attività risulti già realizzata ne ordina la rimozione con riduzione in pristino e ricostituzione di specie vegetali o animali a spese del trasgressore che ne sarà responsabile, con vincolo di solidarietà insieme al committente, al titolare dell'impresa e al direttore dei lavori.

La particolarità del potere attribuito al rappresentante legale dell'Ente parco emerge altresì dalla disposizione contenuta al comma 2 del su richiamato art 29 secondo cui laddove i destinatari dell'ordinanza non dovessero darne spontanea esecuzione, l'Ente potrà procedere alla esecuzione forzata in applicazione dell'art. 27 della L. n. 47/85.

Ne deriva che l'Ente parco è chiamato ad esercitare, all'interno del territorio del Parco, un potere repressivo analogo a quello attribuito ai sindaci dotati, come è noto, di poteri inibitori, de-molitori o di remissione in pristino nel contesto del territorio comunale²⁵. Tale previsione consente l'individuazione, all'interno delle aree protette, di un potere amministrativo limitativo della sfera di azione dei privati²⁶, al fine di salvaguardare il principale interesse alla tutela dell'area protetta.

La valutazione compiuta dall'Ente parco non si limita alla verifica dell'illegittimità formale consistente nella mancanza di un atto indispensabile del procedimento, ma accerta la conformità delle opere alla disciplina regolamentare, verificando che l'iniziativa non superi i limiti di accettabilità delle trasformazioni del territorio e si adegui al progetto di conservazione e valorizzazione del patrimonio naturale contenuti nei predetti atti di pianificazione e regolamentare. Ne discende il ridotto potere discrezionale attribuito all'Ente parco che non può adottare provvedimenti sanzionatori alternativi, in quanto l'interesse pubblico tutelato dalla disciplina ambientale è considerato prevalente rispetto agli interessi coinvolti, per cui, laddove sia valutato il carattere pregiudizievole delle opere, l'Ente deve provvedere condannando alla riduzione in pristino stato.

25 T.A.R. Campania - Napoli, Sez. III 5 dicembre 2023, n. 6707, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>, secondo cui «la presentazione di un'istanza di condono edilizio - se preclude al Comune la possibilità di adottare un'ordinanza di demolizione prima di aver respinto o dichiarato inammissibile l'istanza in questione - non può paralizzare i poteri dell'Ente Parco a tutela dell'ambiente; anche perché altrimenti, in caso di inerzia del Comune - ipotesi tutt'altro che infrequente - l'Amministrazione resistente sarebbe impossibilitata ad esercitare i propri poteri sanzionatori».

26 M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 60.

Va inoltre evidenziato che non è ipotizzabile una eventuale valutazione di conformità successiva dell'attività già realizzata, così come previsto dall'art 167 comma 4 del Codice dei beni culturali e del paesaggio²⁷ per alcune specifiche ipotesi (ed in particolare per i lavori realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi o per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), in mancanza di espressa previsione della specifica disciplina in relazione ai parchi.

Inoltre, non è consentita l'applicazione della sanatoria prevista dall'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001, tenuto conto che il nulla-osta è un atto necessariamente destinato a precedere il rilascio di provvedimenti abilitativi puntuali che riguardino ogni specifico intervento da valutarsi preventivamente.

Con recente decisione il T.A.R. Campania - Napoli, Sez. III 3 gennaio 2025, n. 55 si è occupata di una controversia insorta per l'impugnativa di una ordinanza con cui il Direttore dell'Ente Parco Nazionale del Vesuvio ha ingiunto ai ricorrenti l'eliminazione o rimozione di opere ritenute abusive ed il ripristino dello stato dei luoghi, su di un fondo in Ercolano.

Le opere destinate alla demolizione²⁸ realizzate all'interno del Parco del Vesuvio consistono in una piscina circondata da area pavimentata e in alcuni pergolati con copertura in legno che hanno modificato ampiamente il territorio sito all'interno dell'area protetta. Ne è derivato l'immediato esercizio del potere repressivo dell'Ente che, ai sensi dell'art. 29 della l. 16 dicembre 1991, n. 394, ha ordinato la demolizione dei manufatti e il ripristino dello *status quo ante*.

L'ordinanza dell'Ente Parco del Vesuvio è stata motivata alla luce del mancato rilascio del nulla-osta necessario ai sensi dell'art. 13 della legge n. 394/91, tenuto conto che la preventiva

27 F. SCALIA, *La controversa relazione tra il silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2024, 125 ss.; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2022, 77 ss.

28 L'ordinanza del direttore dell'Ente Parco precisa che «(...) risulta realizzata una piscina dalle dimensioni di circa mq. 73,38 circondata da un'area interamente pavimentata; sul fabbricato afferente la p.lla (...) è stata rilevata la chiusura di un portico di dimensioni di circa ml 3,70 x circa ml 10,40 pari ad una superficie di circa mq. 38,48. Le due arcate lato mare sono state trasformate una in finestra e l'altra in ingresso mentre le tre piccole arcate sono state trasformate in finestre, anche l'arcata grande e quella piccola poste sul lato est del fabbricato (lato piscina) sono state trasformate in finestre; antistante il portico tompagnato è stato realizzato un porticato in legno avente un fronte di circa ml 10,88 e profondità circa ml. 3,70 (dimensioni misurate da pilastro a pilastro) coprendo una superficie di circa ml. 11,88 x circa ml. 4,20 = mq. 49,89, avente altezza media di circa 3,30; avanti il porticato è stato realizzato un manufatto di forma ad "L" dalla superficie complessiva di circa mq. 3,90. Altezza di circa 90 cm. sormontato da una copertura che poggia su tre pilastri in legno, di altezza intradosso di circa ml. 2,60 che copre una superficie complessiva di circa mq. 8,30» (cfr. ordinanza gravata in allegato al ricorso introduttivo del giudizio).

valutazione dell'Ente Parco sugli interventi modificativi del territorio costituisce un momento essenziale per garantire effettiva tutela delle aree protette.

Discende che nel caso in cui il nulla osta sia negato o ne manchi la richiesta, il provvedimento di demolizione dell'Ente parco si traduce in un atto vincolato, proprio perché innanzi alla compromissione dell'ambiente non vi sono altri rimedi se non la rimozione delle opere che determinano il pregiudizio.

I TITOLI ABILITATIVI “MINORI” E IL POTERE DI RIESAME

Francesco Armenante*

Abstract [It]: L’ampio e articolato processo di semplificazione “progressiva” dell’azione amministrativa ha riguardato anche la fase provvedimentale, con il subentro, al modello tradizionale - caratterizzato da una decisione preventiva ad ogni iniziativa intrapresa dal privato - di istituti di inibizione postuma, esercitabili anche in corso di svolgimento di un’attività intrapresa sulla base di una mera e preventiva comunicazione dell’interessato. In tale contesto assumono rilievo i poteri di secondo grado, mediante i quali l’amministrazione può rimuovere gli effetti riconnessi alle comunicazioni e dichiarazioni presentate dai privati, fondate su erronei o falsi presupposti. Su tali tematiche la letteratura pubblicistica è cospicua, registrandosi una vasta e approfondita letteratura; recente, invece, è la problematica riconnessa all’adozione dei poteri di secondo grado a fronte degli istituti di semplificazione di ultima generazione (tra cui la CILA), caratterizzati da uno specifico paradigma che, tuttavia, non contempla l’esercizio dei poteri di riesame e che ha alimentato un vivace dibattito sulle modalità degli interventi amministrativi *ex post*. Il presente contributo, dopo aver ricostruito il citato processo evolutivo e la connessa semplificazione provvedimentale, si sofferma sulle questioni interpretative di recente emersione, con richiamo degli opposti orientamenti e delle motivazioni a loro suffragio, fornendo una diversa prospettiva di analisi, al fine di non svilire il potere amministrativo e di contemperare, idoneamente, l’affidamento dell’interessato.

Abstract [En]: The broad and complex process of progressive simplification that characterizes the recent administrative reforms has affected also the *provvedimental* phase, replacing the traditional model, characterized by a decision prior to any initiative undertaken by the private party, with institutions of posthumous inhibition, possible even during an activity undertaken on the basis of a mere and prior communication from the interested party. Of significance in this context are the second-degree powers, through which the Administration could remove the effects attached to the communications and declarations submitted by the private parties. While it is true that on these issues the contribution of publicists is conspicuous, recording a vast and thorough literature, more recent, on the other hand, is the problematic reconnected to the adoption of second-tier powers in the face of face of the latest generation of simplification institutions (including the CILA) characterized by a specific paradigm that does not contemplate the exercise of review powers and which has fueled a lively debate on the modalities of *ex post* administrative interventions. This paper, after having recognized the aforementioned evolutionary process and the related simplification *provvedimental*, deals with problematic issues recently emerged, providing a possible (and different) path to resolution.

Title: The “minor” building licenses and the power of review.

Parole chiave: semplificazione; potere di riesame.

Keywords: simplification; power to review.



SOMMARIO: 1. Aspetti introduttivi e diacronici: la semplificazione da valore-strumento a valore-finale. - 2. Gli istituti di semplificazioni di ultima generazione: dalla SCIA alla CILA (il modello della “semplificazione progressiva”). - 3. L’annullamento (presupposti e limiti temporali) e la convalida (anche in corso di giudizio). - 4. La revoca in senso proprio, il ritiro, la revoca/decadenza, gli atti di conferma. - 5. L’autotutela e i titoli edilizi “minori”. - 6. Considerazioni conclusive.

1. Aspetti introduttivi e diacronici: la semplificazione da valore-strumento a valore-finale

La semplificazione costituisce uno dei profili permeanti il processo di trasformazione radicale ed ontologico che ha interessato il modello tradizionale dell’azione amministrativa¹; quello tipico ed originario, caratterizzato da una decisione preventiva ad ogni iniziativa promossa dal privato, ha ceduto progressivamente il passo ad istituti di inibizione postuma, esercitabili anche in corso di svolgimento di un’attività intrapresa sulla base di una mera e preventiva comunicazione dell’interessato².

1* Professore aggregato di Scienza dell’Amministrazione e di Legislazione ambientale, presso l’Università degli Studi di Salerno. Avvocato cassazionista.

Sul processo di semplificazione, tra i vastissimi (secondo alcuni: alluvionali) contributi dottrinali, si segnalano: P.M. VIPIANA, *La semplificazione amministrativa: inquadramento, classificazioni, evoluzione normativa e profili problematici*, in Jörg Luther - P.M. VIPIANA (a cura di), *Contributi in tema di semplificazione normativa e amministrativa*, in *Polis Working Paper* (www.digspes.unipmn.it), 2013, n. 208, pp. 19 ss.; C. BOSCIA, *Alla ricerca di una «buona amministrazione»: liberalizzazione, semplificazione e riforma Madia*, in *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. FANTI, *Quaderni*, 2019, pp. 696 ss.; F. BASILICA - F. BARAZZONI, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Bologna, 2009; V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, *La semplificazione dell’azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, nn. 3-4, pp. 625 ss.; R. FERRARA, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un’Amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 2, pp. 323 ss. Anche: T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 1, pp. 173 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, in *Giustamm.it*, 2012; M. ARSÌ, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi di interesse delle imprese*, in *L’Italia da semplificare: III. Procedimenti amministrativi di interesse delle imprese*, a cura di M. ARSÌ - M. G. CORONAS - P. DE LUCA, Bologna, 1998, pp. 40-41; A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 652 ss.; F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove autonomie*, 2008, n. 3-4, pp. 335 ss.; E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, n. 3-4, pp. 342 ss.

2 Le coordinate di tale processo evolutivo possono ritenersi declinate nell’art. 34 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge n. 214/2011 (rubricato: “*Liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli ex-ante*”) ove si è stabilito che: «*La disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l’ordinamento comunitario, che possono giustificare l’introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di*

Si è in presenza di un processo evolutivo inarrestabile e poliedrico, al punto che l'attuale riflessione della pubblicistica concerne il rinnovato **ruolo della semplificazione**: da valore strumentale (ossia come principio generale da collegare all'esigenza di migliorare l'efficienza amministrativa nel valutare tutti gli interessi che si confrontano nel procedimento e di aumentare l'efficacia nella cura degli interessi pubblici, al contempo garantendo una più agevole tutela delle pretese del cittadino) a **bene o valore di natura finale**, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati; nello stesso solco si pone l'attenuazione della valenza forte e assolutizzante dell'attributo di "primarietà" associato agli interessi sensibili, come quello del paesaggio, risultando ora ammesso un loro bilanciamento in concreto con altri valori e principi, quale quello della salvaguardia dell'ambiente, nella consapevolezza della centralità del fattore tempo nella programmazione finanziaria del privato e per il raggiungimento dell'obiettivo della competitività del sistema Paese³.

Si tratta di una tendenza che costituisce espressione e conseguenza del diritto alla buona amministrazione, proclamato sia a livello europeo⁴, che da vari Stati membri⁵, nei quali ugualmente è avvertita la necessità di semplificazione delle procedure amministrative.

Basti pensare ai provvedimenti adottati, tra gli altri, nell'ordinamento spagnolo⁶ finalizzati

proporzionalità»; ed ancora: «L'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità»; ed infine: «Quando è stabilita ... la necessità di alcuni requisiti per l'esercizio di attività economiche, la comunicazione all'amministrazione competente deve poter essere data sempre tramite autocertificazione e l'attività può subito iniziare, salvo il successivo controllo amministrativo, da svolgere in un termine definito; restano salve le responsabilità per i danni eventualmente arrecati a terzi nell'esercizio dell'attività stessa».

3 Sono considerazioni di Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2024, n. 4818. Per i riferimenti dottrinali, si rinvia al contributo di L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi.it*, n. 1/2019, 9 gennaio 2019.

4 In virtù dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione". Per approfondimenti sulla portata di tale principio, v. D.U. GALLETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte essenziale di garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pp. 819 ss.; EAD., *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni nell'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei Diritti UE)*, ivi, 2019, pp. 165 ss.; A. ZITO, *Il diritto ad una buona amministrazione nella Carta dei Diritti Fondamentali*, ivi, 2002, pp. 435 ss.; S. DEL GATTO, *La dimensione amministrativa del conflitto di interessi e il principio di buona amministrazione*, ivi, 2, 2024, pp. 311 ss.

5 Per un'analisi degli aspetti generali dei modelli procedurali adottati in altri ordinamenti, cfr. E. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, 2020, *passim*.

6 Dove il *Tribunal Supremo* ha più volte stabilito l'esistenza di un diritto costituzionale alla buona amministrazione: v. J. PONCE SOLÉ, *El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la Sentencia de la Sala 3a del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017*, in *Revista de Administración Pública*, 2023, pp. 163 ss.



alla “*reducción de cargas administrativas*”⁷, oppure in quello francese, in cui la “*simplification administrative*” è costantemente al centro dell’agenda legislativa⁸.

La *ratio* di tale processo evolutivo è insita nella necessità di superare l’inerzia dell’azione amministrativa e di prevenire le plurime criticità connesse a decisioni tardive.

A tal fine concorrono plurimi rimedi introdotti nel tessuto normativo da recenti novelle alla legge sul procedimento amministrativo - come la risarcibilità del danno da ritardo, l’indennizzo giornaliero per le decisioni tardive, il potere sostitutivo interno, l’incidenza negativa dell’inerzia in sede di valutazione della *performance* individuale, l’inefficacia dei provvedimenti tardivi⁹ - non sempre, però, caratterizzati da risultati efficaci e concretamente apprezzabili.

Sul piano processuale, è stato semplificato il rito “*monitorio*”¹⁰ (rendendo facoltativa la preventiva diffida stragiudiziale) ed è stato implementato il giudizio di ottemperanza¹¹.

Tuttavia, l’innovazione più rilevante, anche perché incidente sulla “*natura*” dell’azione amministrativa, è quella di tipo “*de-provvedimentale*”¹².

7 Sempre in Spagna, dove la semplificazione amministrativa involge anche le competenze legislative delle Comunità autonome (che, a tal fine, hanno adottato plurime *Leyes de simplificación administrativa*), a livello statale è stata elaborata una *Mapa de Situación* dei processi di semplificazione dell’amministrazione statale e di quelle autonome, pubblicata nel 2021 ed aggiornata nel 2023. Nel 2014, inoltre, il Governo ha adottato un “*Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General Del Estado*” finalizzato a rendere i procedimenti amministrativi “*más sencillos, más fáciles y menos complicados*” (ndr. “più semplici, più facili e meno complicati”).

8 Di recente, in Francia, la semplificazione amministrativa è stata presentata come una priorità nella riunione del *Comité interministériel de la transformation publique* del 23 aprile 2024. Nel giugno 2024, il governo francese ha pubblicato i piani ministeriali di semplificazione per il periodo 2024-2027 con, al centro di un metodo comune a tutti i ministeri, l’idea di partire dall’esperienza e dalle sensazioni degli utenti.

9 Su tale recente e controversa innovazione, cfr. M. MACCHIA, *L’inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto-legge “Semplificazioni”*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 3/2020, pp. 175 ss.; M. CALABRÒ, *L’inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso, primi passi nell’ottica della certezza del diritto*, in questa Rivista, n. 1/2021.

10 Per la disciplina del ricorso avverso il silenzio inadempiuto, ex artt. 31 e 107 del d.lgs. n. 104/2010, recante il codice del processo amministrativo, ex multis, A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l’accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2017, pp. 481 ss.

11 Si pensi all’istituto dell’*astreinte*, previsto dall’art. 114, comma, 4, lett. e), del d. lgs. n. 104 del 2010, secondo cui il Giudice, in caso di accoglimento del ricorso «... salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo». Tale istituto è stato previsto, per la prima volta, con il citato d.lgs. n. 104/2010, sul modello del diritto francese. Per un approfondimento del tema, si rinvia alla rassegna monotematica di dottrina e giurisprudenza di R. TUCCILLO, *Le applicazioni dell’istituto delle astreintes nel processo amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, 2018, nonché al contributo di S. FOÀ, A. UBALDI, *L’emancipazione dell’astreinte amministrativo. Un modello sui generis?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, pp. 8 ss.; V. CARBONE, *Riflessioni sul valore sanzionatorio dell’astreinte e sulla sua applicazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2014, pp. 1297 ss.; L. VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, pp. 579 ss.

12 Sulla liberalizzazione e sull’esternalizzazione come forme di privatizzazione in senso oggettivo, R. URSI, *Le stagioni dell’efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016, pp. 264 ss.



Ispirate ad esigenze di semplificazione, stimulate (*recte*: imposte) dalla preminente normativa comunitaria, le novelle hanno avviato ed implementato ampi processi di liberalizzazione, caratterizzati sia dall'eliminazione di interventi dirigisti di matrice pubblicistica (con il divieto generalizzato di introdurre contingenti e parametri quantitativi alle iniziative intraprese dal privato¹³ e salvo, in alcuni casi, il solo controllo postumo dell'amministrazione¹⁴), sia dall'introduzione di strumenti sostitutivi dei provvedimenti amministrativi.

Sotto tale profilo, la semplificazione è duplice.

In primo luogo, si è estesa la portata applicativa del "silenzio assenso"¹⁵ (anche in relazione

13 Cfr. F. D'ANGELO, *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, pp. 807 ss. Si è osservato che (G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, pp. 107 ss.) la «liberalizzazione, se non intesa come soppressione piena del condizionamento pubblicistico (c.d. deregulation), determina una sua sostituzione con un sistema più rispettoso della libertà d'impresa (c.d. liberalizzazione temperata)». In questa ultima ipotesi, è stato mantenuto solo un potere di verifica, da parte dell'ordine di riferimento, sul contenuto del messaggio pubblicitario, al fine di valutare il rispetto dei limiti legali consistenti nella trasparenza e nella veridicità del messaggio, così dando vita ad una liberalizzazione temperata dalla conservazione del potere di controllo.

14 Sul punto, W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, pp. 90 ss.; l'Autore, nel richiamare una classificazione elaborata da Sabino Cassese (S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 393), ritiene che la DIA, oggi SCIA, sia annoverabile fra le cd. "liberalizzazioni economiche", ove «non solo non scompare la sottesa regolamentazione, ma non scompare nemmeno il ruolo di "controllo" necessario all'entrata, svolto dall'amministrazione mediante una verifica successiva sulla avvenuta o meno costituzione dell'effetto legittimante in capo al privato».

15 Ai sensi dell'art. 17 (Procedimenti di rilascio delle autorizzazioni), del d.lgs. n. 59/2010 (recante l'attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno), «ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui al presente decreto si segue, ove non diversamente previsto, il procedimento di cui all'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241». Tra i contributi della dottrina (anche in tale materia, vastissimi) si menzionano: F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 245 ss.; G. FERRERO - F. RISSO, *Il silenzio inadempimento, il silenzio assenso e la dichiarazione di inizio attività dopo la legge n. 80 del 2005*, in *Foro amm.-CDS*, 2005, 12, pp. 3765 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, pp. 99 ss.; A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, ivi, 2006, 2, pp. 489 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm.*, TAR, 2006, 7-8, pp. 2798 ss.; R. CARANTA - G. VECCI, *Inerzia, silenzio, ritardo: quale responsabilità per la pubblica amministrazione?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 9, pp. 1397 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 6, pp. 207 ss.; V. BARLESE, *La disciplina del silenzio assenso tra le tipologie di silenzio della p.a.*, in *Riv. notariato*, 2011, 3, pp. 559 ss.; *id.*, *Silenzio assenso tra potere di provvedere (successivamente) e potere di autotutela*, ivi, 2011, 4, pp. 835 ss.; M. D'ORSOGNA - R. LOMBARDI, *Articolo 20*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, pp. 968 ss.; P. OTRANTO, *Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa*, Bari, 2018, *passim*; V. PARISIO, *Direttiva Bolkestein, silenzio-assenso, DIA, liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 19 luglio 2011, n. 15*, in *Foro amm.*, TAR, 2011, pp. 2978 ss.; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio-assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. e Appalti*, 2016, 7, pp. 758 ss. Parla di

alla richiesta di rilascio di un permesso di costruire¹⁶, auto-certificabile dallo stesso richiedente), istituto già noto alla pubblicistica, inizialmente relegato a ruoli marginali e recessivi, essendo previsto solo da alcune normative di settore e costituendo un'ipotesi eccezionale rispetto al generalizzato "silenzio inadempimento"¹⁷; soprattutto, si è progressivamente abbandonata una lettura sostanzialistica e ancorata alla necessaria sussistenza dei presupposti abilitanti, a favore della configurabilità di un provvedimento tacito a seguito del mero decorso del *dies ad quem*¹⁸.

«un'estensione generalizzata dell'istituto del silenzio-assenso», M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, n. 17/2015, 16 settembre 2015; L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, pp. 422 ss.

16 M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni). Note a margine di Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, Giustiziainsieme.it*, 26 novembre 2020. L'Autore precisa che i provvedimenti tardivi: «sono qualificati dal medesimo art. 2, co. 8-bis come inefficaci, quindi non certo illegittimi, atteso che, come noto, gli atti illegittimi sono efficaci finché, per l'appunto, non vengono annullati».

17 Un limite all'operatività di tale meccanismo di favore per il privato si pone con riferimento alle istanze che hanno ad oggetto l'utilizzazione di beni pubblici, in quanto il provvedimento concessorio, espressione di un potere discrezionale innanzitutto sull'an, esclude in radice l'applicabilità del regime del silenzio assenso (in termini, Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2023, n. 9762 e 7 giugno 2020, n. 4660). Si tratta, in ogni caso, di un istituto che non ha portata generale, come recentemente precisato (Cons. Stato, sez. II, 13 dicembre 2024, n. 10076, secondo cui: «Il silenzio assenso regolato dall'art. 20 della l. n. 241 del 1990 non è un istituto di carattere generale destinato ad applicarsi in via residuale in mancanza di una diversa disciplina, sia perché incontra le esclusioni e preclusioni elencate nel comma 4, sia perché la regola è quella secondo cui le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, a norma dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990 e nel rispetto dei principi di legalità e trasparenza. Di tal che, laddove il legislatore, in materia edilizia, non abbia espressamente qualificato la mancata tempestiva risposta dell'amministrazione come silenzio assenso, ovvero come silenzio diniego, essa configura un'ipotesi di silenzio inadempimento, rispetto alla quale il privato può tutelarsi con l'azione di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. per ottenere l'accertamento dell'obbligo di provvedere e, se ne ricorrono i presupposti, anche una pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio»).

18 La tematica, di indubbio rilievo ermeneutico, meriterebbe un adeguato approfondimento, che, tuttavia, sposterebbe il baricentro al di fuori del perimetro della presente indagine. *Breviter*, va segnalato che un tema centrale dell'istituto attiene alla possibile formazione del provvedimento tacito di accoglimento a seguito del mero decorso del tempo, con ampia valorizzazione della posizione del privato rispetto alla mera inerzia della p.a.; o, diversamente, al decorso del termine unitamente alla sussistenza dei presupposti normativamente previsti. Nella contrapposizione tra una prima tesi sulla formazione tacita del provvedimento subordinata alla mera presentazione dell'istanza e al decorrere del termine e per la quale è necessaria un'applicazione della disciplina che sia il più possibile scevra da ulteriori filtri applicativi onde evitarne una neutralizzazione nei fatti (di tale nuovo indirizzo giurisprudenziale che si discosta dalla lettura tradizionale dell'istituto in esame, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2023, n. 11217 e 28 marzo 2023 n. 7534; *id.*, sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072; *id.*, sez. VI, 16 dicembre 2022, n. 11034 che segue la n. 5746 del 8 luglio 2022; in linea, anche se in tema di onere della prova, cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2023, n. 2239) e una seconda tesi più rigorosa sulla formazione del provvedimento tacito solo con la contestuale presenza di tutte le condizioni e i presupposti previsti dalla legge (Cons. Stato, sez. VII, 16 febbraio 2023, n. 1634), è stata elaborata una tesi intermedia (Cons. Stato, sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7774), che muove dal denominatore comune alle due differenti ricostruzioni teoriche, per cui non è possibile

Sul medesimo crinale si pone la previsione di un silenzio assenso di tipo “orizzontale”, operante nei rapporti tra amministrazioni e che consente di prescindere dal parere di un Ente “inerte”, nell’ottica di una celere conclusione del procedimento principale¹⁹.

Per molteplici attività, si è eliminato l’intervento *ex ante* del “potere pubblico”, ponendo a carico del privato l’onere di attestare la sussistenza dei requisiti previsti per l’iniziativa che lo stesso intende intraprendere²⁰; l’amministrazione, in tal caso, è notiziata a mezzo di apposita comunicazione, corredata da autocertificazioni e (ove necessarie) relazioni tecniche asseverate, tese a comprovare il rispetto del paradigma normativo e la sussistenza dei presupposti.

Nel modello di origine era previsto un arco temporale minimo²¹ che sarebbe dovuto intercorrere tra la comunicazione e l’iniziativa, onde consentire all’amministrazione di

ottenere *per silentium* ciò che non si potrebbe altrimenti ottenere mediante l’esercizio espresso del potere. Alla stregua di tale ultimo indirizzo, la p.a. non può ritenersi deresponsabilizzata dalla formazione della fattispecie silenziosa avendo l’onere di effettuare un’istruttoria completa e accurata su tutti gli elementi di cui il privato ha corredato la sua istanza, impedendo, se del caso, la formazione di un atto tacito difforme dal modello legale di riferimento; tuttavia, qualora tale istanza non fosse corredata dalla necessaria documentazione, con ciò impedendo anche astrattamente alla p.a. di porre in essere i necessari accertamenti sulla sussistenza delle condizioni normativamente previste, il silenzio assenso non potrebbe formarsi e si avrebbe un’ipotesi di inesistenza e non di mera illegittimità dell’atto tacito. Si è osservato che da tale sentenza emerge il tentativo di conciliare le due opposte esigenze, di tutela del principio di legalità e di tutela dei principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento; e che la soluzione interpretativa non supera le criticità dell’istituto, legate alla strutturale incertezza delle pretese che si fondano su tale meccanismo rivelatosi non tanto uno strumento di semplificazione quanto piuttosto un meccanismo di aggravamento della successiva attività amministrativa (C. COMMANDATORE, *Le trappole delle semplificazioni: il silenzio assenso*, in *Urb. e Appalti*, 6/2023).

19 Non sono mancate opinioni critiche; ad esempio, si è asserito (M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni ed il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, cit., p. 758) che «è riscontrabile l’implicita convinzione che per semplificare si debba fronteggiare solo la complicazione (evidentemente inutile e come tale da eliminare) e non anche la complessità, che invece in un ordinamento democratico e pluralista è inevitabile e deriva proprio dalla molteplicità degli interessi pubblici e privati che l’ordinamento ritiene rilevanti e che l’amministrazione è chiamata a valutare». Si è, poi, osservato [E. SCOTTI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, 2016, 568] che «il silenzio assenso non assicura certezza mancando una valutazione di primo grado da parte dell’amministrazione ed essendo esposto per tale mancanza ai poteri di autotutela più di quanto non lo sia il provvedimento espresso». Sul punto, anche, G. MARI, *Commenti sulla rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell’edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del Mibact*, in *Riv. giur. ed.*, fasc. 3, 2016, pp. 61 ss.; P. MARZARO, *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio-assenso*, in *Giustamm.it*, anno XIV, n. 5, 2016.

20 Da siffatto punto di osservazione, si è affermato che la liberalizzazione rappresenta una forma di privatizzazione di tipo oggettivo (cfr. M. D’ANGELOSANTE, *Il PNRR e le semplificazioni in materia di valutazioni e autorizzazioni ambientali, fra sviluppo economico sostenibile e protezione ambientale sostenibile*, in *Riv. quadr. dir. dell’ambiente*, n. 1, 2022, pp. 271 ss.).

21 La versione iniziale dell’art. 19 della legge n. 241/1990 prevedeva, dopo la presentazione della DIA, il decorso di un termine minimo prima dell’inizio dell’attività (c.d. DIA differita).



verificare, prima dell'inizio dell'attività, l'eventuale sussistenza di circostanze ostative²².

Ora, invece, l'iniziativa può essere intrapresa immediatamente, non imponendosi (*recte*: non essendo necessario) alcun accertamento o assenso preventivo²³.

L'ordinamento ha costantemente ridimensionato gli ambiti di intervento rimessi all'esercizio di amministrazione attiva (anche semplificata), verso forme di ampia liberalizzazione in virtù delle quali l'atto di assenso è riconnesso alla comunicazione, segnalazione o dichiarazione dell'interessato, salvo i poteri inibitori e di controllo successivi²⁴.

Si è assistito ad un arretramento del potere amministrativo, che da autorizzativo/preventivo è divenuto di controllo/successivo rispetto all'avvio dell'attività, che viene assentita sulla base di mere autodichiarazioni rese dal privato²⁵; l'azione amministrativa, cioè, si concretizza nella verifica postuma della sussistenza dei requisiti auto-dichiarati ed attestati, potendo tradursi in atti inibitori qualora si accerti la mancanza di presupposti e condizioni²⁶.

Anche tale intervento inibitorio (seppur postumo) può arrecare un serio e non ristorabile pregiudizio al privato, riconnesso agli oneri già sostenuti ed agli investimenti programmati.

Tuttavia, il prospettato pregiudizio economico-patrimoniale non può costituire un ostacolo alla rimozione di iniziative non assentibili e capaci di pregiudicare interessi pubblici sensibili e primari o di ledere, impropriamente, la concorrenza (altro "*pilastra*" della normativa comunitaria).

Per tale ragione, l'esercizio del potere di riesame deve rispettare limiti di proporzionalità e ragionevolezza, onde temperare l'affidamento del privato che ha presentato la comunicazione senza "*subire*" un atto inibitorio, nonché preservare tutti gli altri interessi sottesi.

La scelta operata dal legislatore è stata orientata all'introduzione di un limite temporale, il

22 La semplificazione è funzionale all'economicità essendo diretta al contingentamento di fattori - come il tempo e gli oneri procedurali - il cui impiego corrisponde alla consumazione di risorse valutabili sia economicamente sia in relazione alla capacità dell'amministrazione di realizzare i propri obiettivi con il minor sacrificio di interessi secondari (V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, op. cit., p. 628; R. URSI, op. cit., *passim*).

23 Seppur spesso assimilati, i due istituti di semplificazione differiscono nettamente: il silenzio assenso conserva la necessità della formazione (anche tacita) di un provvedimento, mentre la DIA/SCIA comporta il superamento del regime autorizzatorio, con una liberalizzazione delle attività private e con il riconoscimento, in capo al privato, di un diritto ad intraprendere, anche immediatamente, l'attività comunicata alla PA (come precisato nel contributo di E. SCOTTI, op. cit., p. 566).

24 M.A. SANDULLI, op. loc. ult. cit.; G. TROPEA, op. cit., p. 160.

25 Sono considerazioni di G. LA ROSA, *La procedura abilitativa semplificata per impianti fer: dalle esigenze di semplificazione ai dubbi applicativi*, in *questa Rivista*, n. 3/2023, p. 9.

26 Come osservato, la liberalizzazione può condurre al superamento del provvedimento come titolo per l'esercizio delle attività che si intende svolgere, oppure può determinare la sostituzione della disciplina privatistica a quella pubblicistica per ogni aspetto dello svolgimento di tali azioni (così M. D'ANGELOSANTE, op. cit., pp. 253 ss., secondo cui ciò si traduce nella sottrazione di alcune attività private al regime pubblicistico, c.d. deregolamentazione amministrativa).

cui spirare incide sul potere inibitorio esercitabile.

Precisamente, alla stregua dell'art. 19 della l. n. 241/1990, un tempestivo accertamento della carenza dei presupposti e dei requisiti previsti consente all'amministrazione di adottare un provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività (basato su una congrua motivazione e fatta salva la possibilità di conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente).

Trattasi di un provvedimento di primo grado, che non impone particolari garanzie procedurali né un rafforzato apparato motivazionale.

Diversamente, decorso il *dies ad quem* (fissato, in via generale, in sessanta giorni dalla comunicazione, eccetto in materia edilizia ove il termine è dimezzato), l'intervento dell'amministrazione è tendenzialmente inibito.

Su tali profili è intervenuta la legge 7 agosto 2015, n. 124²⁷, il cui l'art. 6 ha apportato diverse novità al tessuto normativo, novellando, *inter alia*, gli artt. 19 e 21-*nonies* della legge n. 241/1990²⁸.

In particolare, sono stati sostituiti i commi 3 e 4 dell'art. 19, ribadendo il modello del doppio intervento (preventivo e postumo), ma stabilendo che l'intervento oltre il termine ordinario è possibile solo in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies*²⁹.

27 Parte della dottrina ha manifestato, sin dall'inizio, un serio scetticismo sulla efficacia di tali modelli, secondo M. CAMMELLI, *Pubblica amministrazione: domande forti, risposte deboli*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2017, l'idea di "amministrare senza amministrazione" può concretizzarsi o attraverso la sostituzione del legislatore alla P.A., con misure concrete adottate in veste legislativa (leggi provvedimento) o con dispositivi autoapplicativi, la cui operatività cioè è affidata ad automatismi (zero discrezionalità amministrativa) o spostata direttamente all'esterno e alle condotte dei destinatari delle misure o attraverso la banalizzazione degli apparati in chiave difensiva, in base al tacito ma inequivocabile principio secondo il quale "*se proprio non si può evitare la pa, si deve cercare almeno di renderla innocua*". Altra dottrina, invece, sembra aver accolto con favore tale riforma: E. GIARDINO, *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti*, in *Giornale dir. amm.*, n. 1/2017.

28 Tra i numerosi contributi: A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 3-4, pp. 549 ss.; L. GIZZI, *Scia e tutela del terzo: brevi considerazioni alla luce della legge Madia e dei decreti attuativi*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 3, pp. 112 ss.; F. COSTANTINO, *Semplificazione e lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, pp. 623 ss.; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e Appalti*, n. 1/2016, pp. 5 ss.; F. SCALIA, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 6, pp. 625 ss.; E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge Madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, *ivi*, pp. 601 ss.; *id.*, *Le novità della riforma Madia - La scia dopo la legge Madia e i decreti attuativi*, in *Giur. It.*, 2016, 12, pp. 2793 ss.; G. TROPEA, *op. cit.*, pp. 107 ss.; B. MAMELI, *Le novità della riforma Madia - Annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale a confronto*, in *Giur. It.*, 2016, 12, pp. 2793 ss.; S. TUCCILLO, *La SCIA edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 1-2, pp. 141 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'attuazione della riforma amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, pp. 576 ss.; I.F. CARAMAZZA, *Le regole dell'azione amministrativa: dalla l. 7 agosto 1990 n. 241 alla l. 7 agosto 2015 n. 124*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, pp. 569 ss.

29 Sussiste un'ontologica incompatibilità tra l'istituto della SCIA e l'autotutela, posto che la natura privatistica della segnalazione non si concilia con un provvedimento di secondo grado teso a rimuovere una precedente determinazione amministrativa. Invero, la prospettata criticità potrebbe trovare un'ideale conciliazione nella precisazione che con

È stata modificata anche tale ultima disposizione, sancendo, nell'ambito del comma 1, un termine preciso e predefinito per l'esercizio del potere di riesame (ovvero diciotto mesi, ora ridotti a dodici³⁰) ed inserendo il comma 2-bis, che consente di intervenire oltre il predetto termine in caso di provvedimenti conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o mendaci dichiarazioni.

La semplificazione ha interessato anche la tipologia e il ventaglio dei titoli edilizi, riconducendo (per il tramite della Tabella A, allegata al d.lgs. n. 222/2016) la SCIA "edilizia", la SCIA "alternativa" al permesso di costruire (artt. 22 e 23 del TUED)³¹ e le "autorizzazioni preliminari alla segnalazione certificata" (art. 23-bis TUED) al modello della concentrazione amministrativa di cui all'art. 19-bis della legge sul procedimento, benché il settore dell'edilizia conoscesse - e continui a conoscere - un suo modello di concentrazione (art. 23-bis TUED)³².

Tuttavia, la previsione di ulteriori fattispecie tipologiche (*recte*: istituti di semplificazione) non risulta accompagnata dalla descrizione di un autonomo e specifico paradigma di riferimento con la necessità di mutuare le categorie ermeneutiche in via analogica, attingendo cioè dalla disciplina degli istituti affini o dalla legge breve "sul" procedimento amministrativo, salvo prospettare una radicale peculiarità degli stessi al punto da non condividere alcun processo analogico³³.

Proprio su tale aspetto si concentreranno le successive riflessioni, volte, innanzitutto, ad una breve ricostruzione sistematica degli istituti *de quibus* (SCIA e poteri di secondo grado), per poi approdare all'analisi del recente dibattito sorto nella giuspubblicistica, afferente all'applicabilità, anche ai titoli edilizi minori, dei poteri e degli istituti dell'autotutela.

2. Gli istituti di semplificazione di ultima generazione: dalla SCIA alla CILA (il modello della "semplificazione progressiva")

l'art. 21-nonies si rimuovono gli effetti prodottisi a seguito della SCIA e non un atto amministrativo di primo grado. Sul punto cfr. R. GAROFOLI, *Compendio di diritto Amministrativo parte generale e speciale*, Molfetta, 2022, pp. 440 ss.

30 Termine così ridotto con il d.l. n. 77 del 2021, conv. nella l. n. 108 del 2021.

31 C. CARBONE, *Formulario notarile commentato*, in *Manuali notarili*, a cura di L. GENGHINI, Padova, 2020, p. 1350.

32 Sulle modifiche dei regimi edilizi si rinvia, in particolare, a: G. GUZZARDO, *Semplificazioni e complicazioni nei titoli edilizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 2, pp. 35 ss.; E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge Madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit., pp. 601 ss.; E. AMANTE, *Le categorie di intervento, titoli abilitativi e procedimenti edilizi dopo la riforma Madia*, in *Urb. e Appalti*, 2017, 6, pp. 792 ss.

33 Come precisato, la semplificazione amministrativa, intesa quale semplificazione procedimentale, è destinata a mancare gli obiettivi alla stessa sottesi, se non è accompagnata da una semplificazione legislativa, volta non solo come migliore coordinamento delle fonti, di diverso rango, che disciplinano la materia, ma come obiettivo di evitare, attraverso previsioni espresse, le aporie interpretative che, diversamente, la disciplina di aspetti puntuali, disancorati da un'attenta riconduzione sistematica, è destinata a determinare (l'opinione è di G. LA ROSA, *La procedura abilitativa semplificata*, cit., p. 22).

L'istituto della SCIA è stato oggetto di plurime modifiche, al punto che il testo dell'art. 19 della l. n. 241/1990 è ben diverso da quello di origine³⁴.

Tale modello di semplificazione è attivabile solo per iniziative liberalizzate (non sottoposte a contingentamenti o a limiti quantitativi) e per le quali i presupposti siano oggettivamente previsti dalla normativa di settore, senza la necessità dell'esperimento di prove o di valutazioni a carico degli istanti³⁵.

Sul piano "strutturale" essa è costituita dall'autocertificazione dell'interessato, tesa a comprovare la sussistenza dei requisiti soggettivi previsti per l'esercizio dell'attività (tra cui i titoli abilitativi, i requisiti morali e professionali nonché, ove necessaria, la disponibilità dell'immobile interessato dall'intervento) e da una perizia³⁶ a firma di un tecnico abilitato, riferita alle condizioni di idoneità dei locali da utilizzare (tra cui la conformità urbanistico-edilizia, l'assenza di abusi, l'agibilità). In presenza di vincoli, stante la preminenza degli interessi sensibili da preservare, l'applicazione di tale istituto viene generalmente esclusa³⁷.

34 Tra gli altri, il comma 1, dell'art. 19, risulta modificato dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con dalla legge n. 106/2011, e poi dal comma 1, dell'art. 2 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5. Analogamente, il comma 6-bis, concernente gli interventi in materia edilizia, risulta aggiunto dall'art. 5, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e poi modificato dall'art. 6 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla legge n. 148/2011.

35 L'istituto della SCIA costituisce espressione del più ampio processo di liberalizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa. Sul punto, la letteratura è vastissima. Senza pretesa di esaustività si segnalano i contributi di F.G. COCA, *Notazioni conclusive su istituti giuridici e liberalizzazioni*, in F. LIGUORI, C. ACOCCELLA, *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, p. 241; F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 177 ss.; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2010, pp. 3041 ss.; M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 3/2018, pp. 405 ss. Sull'istituto in generale si v. M.A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, pp. 121 ss.; EAD., *Segnalazione certificata di inizio attività*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2017, pp. 215 ss.; F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della DIA-SCIA*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 1223 ss.; B.G. MATTARELLA, *La SCIA, ovvero l'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1328 ss.; L. GENGHINI - S. PERTOLDI, *I singoli contratti*, in *Manuali notarili*, a cura di GENGHINI L., Padova, 2020, pp. 492 ss.; A. GIUSTI - W. GIULIETTI, *Tutela del terzo nella scia e principio di effettività, ricercando un'interpretazione costituzionalmente conforme del c. 6 ter dell'art. 19 l. proc.*, in *Giustamm.it*, 2018, p. 6; W. GIULIETTI, *Art. 19 - Segnalazione certificata di inizio attività - SCIA*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 750 ss.; G. GRECO, *SCIA e tutela del terzo al vaglio della Corte costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)?*, in *Giustamm.it*, 2018, p. 6; G. STRAZZA, *La SCIA tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, Napoli, 2020; E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 594.

36 Non necessaria qualora l'iniziativa non presupponga l'uso di un immobile.

37 Per W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, cit., «viene esclusa l'applicabilità della norma nei confronti di tutti gli atti che, ancorché vincolati, siano emanati da amministrazioni a cui è affidata la cura di interessi, considerati "sensibili" in quanto di rilevanza costituzionale, per cui il legislatore ha ritenuto necessario mantenere un regime incentrato sull'atto di assenso preventivo» (p. 52). In senso analogo, F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011, pp. 36 ss., nell'affermare che il modulo della SCIA possa trovare applicazione

A fronte della predetta comunicazione (che abilita anche all'avvio immediato dell'attività) si impone all'amministrazione di accertare l'effettiva sussistenza dei requisiti e dei presupposti in un predefinito *dies ad quem*³⁸.

In caso di esito negativo dell'accertamento deve essere adottato un motivato provvedimento di inibizione o divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti prodotti.

A fronte della SCIA non è prevista una decisione espressa e motivata dell'amministrazione procedente; diversamente sussiste l'obbligo di provvedere sull'istanza (generalmente formulata dai controinteressati) tesa ad ottenere la verifica della correttezza delle dichiarazioni rese³⁹.

Il *favor* per le iniziative del privato trasuda dalla previsione (di cui al comma 3 del medesimo art. 19) secondo cui, qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente, l'amministrazione, con atto motivato, invita il privato a provvedere, disponendo la sospensione dell'attività e prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime; in mancanza, l'attività si intende vietata.

Oltre il termine suindicato, la P.A. potrà azionare i soli poteri di cui al comma 4, per il quale: «Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies».

In sostanza, a fronte di una SCIA, e tenuto conto della contestuale modifica di cui all'art. 21-nonies, può prospettarsi la seguente scansione temporale/provvedimentale.

Qualora l'amministrazione verifichi tempestivamente (e nel prescritto termine di 60 o di 30 gg.⁴⁰) l'assenza di una condizione abilitante l'utilizzo della SCIA ovvero l'assenza di uno dei presupposti, può adottare un atto inibitorio (senza comunicazione di avvio del procedimento e senza preavviso di diniego, come previsti, rispettivamente, dagli artt. 7 e 10-bis della legge n.

anche all'attività amministrativa connotata da discrezionalità tecnica, ribadisce che «l'applicazione della SCIA [...] è comunque esclusa in ambiti di amministrazione dei cd. interessi sensibili, aventi rilevanza costituzionale, per i quali il legislatore non ha ritenuto di consentire la sostituzione del regime fondato sull'atto di assenso preventivo rilasciato dalla P.A.».

38 In via generale il termine è di 60 gg., eccetto in materia edilizia ove il termine è dimezzato. Tra i più recenti contributi in materia, R. MUSONE, *La doverosità nell'an dei poteri di intervento Tardivo sulla s.c.i.a.*, in *Urb. e Appalti*, 2021, 3, p. 401; E. FREDIANI, *Scia, tutela del terzo ed esigenze di coerenza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 5, p. 579; G. LA ROSA - E.L. BONSIGNORI, *Scia e tutela del terzo dopo la Corte Cost. n. 45/2019*, in *Urb. e Appalti*, 2019, 4, p. 480, M.A. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, n. 18/2019.

39 TAR Veneto, sez. II, 26 luglio 2021, n. 973; TAR Campania, Napoli, sez. II, 4 dicembre 2024, n. 6769.

40 Tali termini sono sottratti alla potestà legislativa regionale che non può ampliarli, come affermato dalla Corte costituzionale, 9 marzo 2016, n. 49, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 84-bis, comma 2, della legge reg. Toscana 3 gennaio 2005, n. 1.

241/1990, non trattandosi di istanza tesa ad ottenere un provvedimento amministrativo)⁴¹.

Per evitare facili elusioni del termine, di natura perentoria⁴², si impone anche la comunicazione dell'atto inibitorio nel termine previsto⁴³.

Laddove le suddette carenze⁴⁴ dovessero emergere dopo il predetto termine, per inibire l'attività intrapresa (ovvero per rimuovere gli effetti prodottisi) devono concorrere i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, incluso il relativo limite temporale (*id est*: dodici mesi)⁴⁵.

In altri termini, il potere di intervento dell'amministrazione sussiste anche dopo la scadenza del termine perentorio per la verifica della legittimità della SCIA, ma trova una diversa base

41 La natura giuridica della segnalazione certificata di inizio attività - che non è una vera e propria istanza di parte per l'avvio di un procedimento amministrativo poi conclusosi in forma tacita, bensì una dichiarazione di volontà privata di intraprendere una determinata attività ammessa direttamente dalla legge - induce a escludere che l'autorità procedente debba comunicare al segnalante l'avvio del procedimento o il preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. n. 241/1990 prima dell'esercizio dei relativi poteri di controllo e inibitori. Il privato che presenta la SCIA è, infatti, titolare di una posizione soggettiva originaria che rinvia il suo fondamento diretto e immediato nella legge che non ha bisogno di alcun consenso della pubblica amministrazione con la conseguenza che la SCIA non instaura alcun procedimento autorizzatorio destinato a culminare in un atto finale di assenso, espresso o tacito, da parte dell'amministrazione. Pertanto, in assenza di procedimento, non si impone comunicare l'avvio del procedimento o il preavviso di rigetto (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2023, n. 833).

42 La natura perentoria del termine in esame è stata affermata anche da TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 14 giugno 2019, n. 3259, Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5741, TAR Veneto, sez. III, 26 luglio 2016, n. 893. Più di recente, TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 27 giugno 2024, n. 12884; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 7 gennaio 2025, n. 38, secondo cui «(...) le quante volte il privato abbia visto comechessia rimuovere, anche per silentium, un limite all'esercizio di facoltà giuridiche già incluse, nonostante la verifica di compatibilità con l'interesse pubblico, nel proprio patrimonio di libertà od abbia, alternativamente, conseguito vantaggi o ausili finanziari in grado di impegnare pro futuro la programmazione della propria attività economica - all'Amministrazione è concessa bensì la facoltà di rivedere il proprio operato, le quante volte risultasse assunto in violazione del relativo paradigma normativo di riferimento, ma con lo scolpito e ridotto limite temporale preclusivo, superato il quale il ripristino della legalità violata è, con insuperabile presunzione, ritenuto suvalente a fronte delle legittime aspettative private».

43 Su tale aspetto le posizioni giurisprudenziali sono tutt'altro che univoche. Secondo alcuni (TAR Trentino-Alto Adige, Trento, sent. n. 150/2013): «È pur vero che l'atto inibitorio della DIA ha natura di atto recettizio che, ex art. 21 bis della l. n. 241 del 1990, acquista efficacia nei confronti del destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata. Peraltro, applicando i principi generali in materia di notifiche a mezzo posta (comma 3 dell'art. 149 c.p.c.; sent. C. Cost. 26 novembre 2002, n. 477), ne consegue che la decadenza dell'Amministrazione dal potere di inibizione dei lavori è impedita dall'adozione dell'atto e dalla sua tempestiva consegna all'agente postale». Per altri (TAR Campania, Napoli, sez. II, 27 febbraio 2013, n. 1165): «La mancata notifica dell'atto inibitorio nel prescritto termine di 30 giorni di cui all'articolo 23 d.p.r. n. 380/2001 comporta il consolidamento dell'attività denunciata, la cui eventuale non conformità a legge può essere fatta valere dall'amministrazione comunale nei limiti dell'esercizio del potere di autotutela».

44 Evidentemente non può trattarsi di mere carenze formali (quale l'assenza di un documento di riconoscimento o di un documento prescritto a corredo della segnalazione).

45 Si è ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale un Comune, a distanza di nove mesi dal consolidamento di una SCIA, presentata per il mutamento della destinazione d'uso di un immobile, da uffici a residenza, ha annullato in autotutela la SCIA stessa, senza esternare le ragioni di pubblico interesse attuale e concreto, diverse dal ripristino della legalità violata, nonché le ragioni che hanno indotto la P.A. a disattendere le deduzioni del privato (TAR Campania, Salerno, sez. II, 17 luglio 2019, n. 1298).

giuridica, potendo essere esercitato solo in presenza dei presupposti individuati dall'art. 21-*nonies* (per l'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi illegittimi); come affermato in sede giudiziaria, «sebbene la DIA e la SCIA non abbiano natura di provvedimenti amministrativi taciti, gli effetti di esse possono essere legittimamente rimossi, tardivamente, mediante un potere che condivide con quello di annullamento d'ufficio i termini e le condizioni di esercizio», ossia in virtù dell'adozione di specifici provvedimenti, volti alla rimozione degli effetti della SCIA, con esternazione delle prevalenti ragioni di interesse pubblico concrete e attuali, diverse da quelle al mero ripristino della legalità violata, che depongono per la loro adozione, tenendo in considerazione gli interessi dei destinatari e degli eventuali controinteressati⁴⁶.

Pertanto, scaduto il termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio, residua in capo all'amministrazione un **potere di secondo grado**, da esercitare nel rispetto del limite di tempo ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi⁴⁷.

Infine, un **potere inibitorio** (e di rimozione degli effetti) *sine die* può essere esercitato solo laddove dovessero emergere dichiarazioni mendaci o false rappresentazione dei fatti, alla stregua del combinato disposto dell'art. 19, comma 4, e dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della legge sul procedimento.

Al contempo, sul piano procedimentale, per garantire un idoneo temperamento dei contrapposti interessi e per un'adeguata ponderazione del pregiudizio che il privato subirebbe, risulta doveroso sia comunicare l'avvio del procedimento che fornire un articolato supporto motivazionale, con il quale si esternino gli interessi pubblici sottesi alla fattispecie e potenzialmente lesi; onere motivazionale che svilisce qualora dovesse emergere un mendacio.

A seguito della novella della l. n. 124/2015 non è più possibile rimuovere gli effetti della SCIA con una revoca, ovvero per ragioni attinenti a circostanze sopravvenute o per mera opportunità, posto che il nuovo comma 4, dell'art. 19 richiama solo il potere di annullamento (e non anche la revoca di cui all'art. 21-*quinquies*), in tal modo "rafforzando" la posizione del privato.

D'altro canto, mentre il precedente comma 4 consentiva interventi "tardivi" (ovvero oltre i 60 gg.) solo per evitare un danno agli interessi sensibili ivi contemplati (*recte*: il patrimonio artistico e culturale, l'ambiente, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale), la novella

46 Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2023, n. 2661; *id.*, 12 novembre 2024, n. 9061.

47 TAR Campania, Napoli, sez. IV, 4 aprile 2024 n. 2194, in cui si sottolinea che non sono contemplati provvedimenti di secondo grado nei confronti della SCIA, bensì unicamente provvedimenti inibitori dell'attività; i quali, dopo i trenta giorni dalla presentazione della segnalazione certificata, possono essere adottati solo ove sussistano e l'amministrazione menzioni nel provvedimento inibitorio fornendone idonea prova (mediante atti dell'istruttoria procedimentale) i presupposti per l'esercizio dell'autotutela, non essendo sufficiente il riferimento al mero ripristino della legalità violata.

richiama i presupposti dell'art. 21-*nonies*, senza alcuna ulteriore specificazione e senza limitazione degli interessi pubblici da tutelare (tra i quali, ora, possono iscriversi anche quelli di matrice urbanistico-edilizia *et similia*).

In tale contesto si pone l'esigenza di **tutelare anche i terzi controinteressati** che potrebbero essere pregiudicati da un'iniziativa intrapresa in virtù di una SCIA inammissibile e dall'inerzia nei controlli di competenza della P.A.⁴⁸.

Di tanto si occupa l'ultimo comma dell'art. 19⁴⁹, che impone al terzo di sollecitare l'esercizio dei controlli e, in caso di perdurante inerzia, di esperire i rimedi giurisdizionali in tema di inadempimento dell'amministrazione⁵⁰.

Per la Consulta⁵¹, le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-*ter* (su stimolo del controinteressato) sono quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i 60 o 30 giorni dalla presentazione della SCIA, e poi entro i successivi 12 mesi.

Decorsi tali termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida sia nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, che nei confronti del terzo, titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo⁵².

48 Riconosciuta alla dia/scia la natura di atto soggettivamente e oggettivamente privato, non provvedimentale, il dibattito si è concentrato sugli strumenti di tutela attivabili dal terzo che si ritenga pregiudicato da un'attività con essa assentita (per una sintetica ricostruzione di tale dibattito, G. LA ROSA - E. BONSIGNORI, *Scia e tutela del terzo dopo la Corte cost. n. 45/2019*, in *Urb. e app.*, 4/2019, pp. 480 ss.).

49 Il comma 6-*ter* dell'articolo in esame (aggiunto dalla legge 14 settembre 2011, n. 148), nel premettere che la SCIA e la DIA non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili, precisa che gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (il rito speciale avverso il silenzio inadempimento).

50 In dottrina, si segnalano: R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, p. 195; L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della SCIA e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-*ter*, della legge n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, pp. 215 ss.; M.A. SANDULLI, *Prmissima lettura della Adunanza plenaria n. 15 del 2011*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 2-3, pp. 533 ss.; G. CREPALDI, *La prospettiva di tutela del terzo nell'ambito della scia*, in *Dir. econ.*, 2013, p. 279.

51 Sentenza Corte Cost. n. 45 del 13 marzo 2019 e n. 153 del 20 luglio 2020. Su tale seconda decisione, cfr. L. GISI, *Scia e tutela del terzo (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 153 del 2020)*, in *Federalismi.it* n. 36/2020, pp. 71 ss.

52 La Corte conclude evidenziando che: «Nella prospettiva dell'interesse legittimo, il terzo, oltre agli strumenti di tutela già previsti: potrà attivare i poteri di verifica dell'amministrazione in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ai sensi dell'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (in questo caso «non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge»); potrà sollecitare i poteri di vigilanza e repressivi di settore, spettanti all'amministrazione, ai sensi dell'art. 21, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, come, ad esempio, quelli in materia di edilizia, regolati dagli artt. 27 e seguenti del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia. (Testo A)», ed espressamente richiamati anche dall'art. 19, comma 6-bis; avrà inoltre la possibilità di agire in sede risarcitoria nei confronti della PA in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica (l'art. 21, comma 2-*ter*, della legge n. 241 del 1990 fa espressamente salva la connessa responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente, ove la segnalazione certificata non fosse conforme alle norme vigenti)».



Tutto ciò, peraltro, non esclude l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere.

Ad implementare gli istituti e gli strumenti di semplificazione, la legge 22 maggio 2010, n. 73⁵³, all'art. 5, ha introdotto la comunicazione di inizio lavori asseverata (d'ora innanzi: CILA).

La CILA è considerata "un istituto intermedio" tra l'attività edilizia libera e la SCIA, ascrivibile, al pari di quest'ultima, nel *genus* della liberalizzazione delle attività private, avente carattere residuale, poiché applicabile agli interventi non riconducibili tra quelli elencati agli artt. 6, 10 e 22 del d.P.R. n. 380/2001, riguardanti, rispettivamente, l'edilizia libera, le opere subordinate a permesso di costruire e le iniziative edilizie sottoposte a SCIA⁵⁴.

Trattasi di uno strumento di semplificazione che non trova un corrispondente nella legge generale sull'azione amministrativa (ma solo in altre normative di settore, come quella sulle attività commerciali) e che si traduce in una ancor più intensa responsabilizzazione del privato, chiamato ad assumersi in prima persona il rischio di avviare un'attività in contrasto con le complesse e talvolta contorte normative di settore, per di più solo in parte confortato dall'asseverazione del tecnico abilitato (che, peraltro, secondo il tenore letterale della norma, non deve fare riferimento agli strumenti urbanistici adottati, né a tutte le normative di cui il comma 1 dell'art. 6-*bis* impone comunque il rispetto).

Essa è, dunque, un atto avente natura privatistica, non suscettibile di autonoma impugnazione⁵⁵, analogamente alla SCIA.

Tuttavia, a differenza della disciplina dettata per la SCIA, i regimi dell'edilizia libera, di cui all'art. 6 del d.p.r. n. 380 del 2001, e dell'edilizia libera certificata, *ex art. 6-bis*, non prevedono una fase di controllo successivo sistematico (da esperirsi entro un termine perentorio), sicché in relazione agli stessi l'amministrazione dispone essenzialmente del solo potere sanzionatorio⁵⁶.

In sede di parere sul decreto delegato si è sottolineato che «l'attività assoggettata a CILA non

53 Decreto-legge 25 marzo 2010, n. 40, convertito nella legge 22 maggio 2010, n. 73.

54 L'art. 6-*bis* del citato d.p.r. n. 380 del 2001 qualifica la CILA come titolo "residuale" necessario per le attività di trasformazione non subordinate a permesso di costruire, né a SCIA (*ex art. 22 TUED*) e neppure libere (*ex art. 6 TUED*). Sul punto, cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 21 gennaio 2025, n. 243; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 21 ottobre 2024, n. 2785; Cons. Stato, parere 4 agosto 2016 n. 1784. In dottrina, v. M. TIMO, *Contributo allo studio della comunicazione di inizio lavori asseverata*, Padova, 2018; P. URBANI, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, Torino, 2023, p. 349; G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, pp. 440 ss.

55 Tra le tante, si veda TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 23 agosto 2022, n. 2516.

56 TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 2192.

solo è libera, come nei casi di SCIA, ma, a differenza di quest'ultima, non è sottoposta a un controllo sistematico, da espletare sulla base di procedimenti formali e di tempistiche perentorie, ma deve essere soltanto conosciuta dall'amministrazione, affinché essa possa verificare che, effettivamente, le opere progettate importino un impatto modesto sul territorio», conseguendo a ciò che «ci si trova (...) di fronte a un confronto tra un potere meramente sanzionatorio (in caso di CILA) con un potere repressivo, inibitorio e conformativo, nonché di autotutela (con la SCIA)»⁵⁷.

Sotto altro profilo, si è osservato che, in materia edilizia, sulla scorta del regime giuridico di cui all'art. 27 del d.p.r. n. 380/2001, la P.A. mantiene fermo il potere di vigilanza contro gli abusi, implicitamente contemplato dallo stesso art. 6-bis, ragion per cui la CILA non può essere oggetto di una valutazione in termini di ammissibilità o meno dell'intervento da parte dell'amministrazione, ma, al contempo, a quest'ultima non è precluso il potere di controllare la conformità dell'immobile oggetto di CILA alle prescrizioni vigenti in materia⁵⁸.

3. L'annullamento (presupposti e limiti temporali) e la convalida (anche in corso di giudizio)

La disamina dell'azione amministrativa *ex post* rende necessario soffermarsi sui presupposti per l'adozione dei provvedimenti di autotutela, destinati ad una diffusa applicazione a fronte del mancato esercizio di poteri inibitori tempestivi.

L'autotutela decisoria viene definita⁵⁹ «come espressione di un privilegio generale dell'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni (...) che enfatizza la flessibilità dell'atto amministrativo, nel presupposto che esso debba essere sempre adattato alle mutevoli esigenze dell'interesse pubblico ed aderente al principio di legalità dell'azione amministrativa».

Nonostante la diversità ontologica, spesso si assiste ad un utilizzo atecnico dei citati provvedimenti, con la sovrapposizione di categorie e modelli diversi⁶⁰; tanto, però, non incide

57 Cfr. Cons. Stato, parere n. 1784 del 2016.

58 TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 21 ottobre 2024, n. 2785.

59 Come suggestivamente affermato da F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 8/2017, pp. 15-16.

60 Da sempre, la giuspubblicistica ha fornito varie classificazioni dell'autotutela. Per tutte valga l'autorevole contributo di F. BENVENUTI, *Autotutela*, voce (dir. amm.), in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 544, il quale, atteso che è possibile distinguere, in ragione dell'organo che la esercita, fra un'autotutela immediata o spontanea (il potere discrezionale proveniente dallo stesso autore dell'atto oggetto della decisione) e autotutela mediata (il potere necessitato proveniente da un organo sovraordinato), ha ricondotto nell'ampio *genus* dell'autotutela quattro distinte manifestazioni del potere amministrativo: a) gli atti di annullamento, con i quali la pubblica amministrazione pone nel nulla, con efficacia *ex tunc*, i provvedimenti illegittimi; b) gli atti di revoca, con cui l'amministrazione pone nel nulla, sempre con efficacia retroattiva, i provvedimenti originariamente inopportuni, cioè viziati nel merito; c) gli atti di abrogazione, con i quali vengono rimossi, con effetto *ex nunc*, provvedimenti divenuti inopportuni per motivi sopravvenuti; d) gli atti di caducazione, con cui la pubblica amministrazione rimuove provvedimenti, sempre con effetto *ex nunc*, in caso di illegittimità sopravvenuta.

sul piano sostanziale posto che, **in tema di interpretazione di un atto amministrativo**, non ci si può fermare alla denominazione utilizzata dall'organo che lo ha adottato, dovendosi **tener conto del suo contenuto e delle norme di riferimento**⁶¹.

Occorre verificare, al di là del *nomen iuris* attribuito all'atto, quale sia stata la reale volontà della P.A., ancorando la distinzione ai differenti presupposti.

Procediamo per gradi.

L'annullamento in autotutela è disciplinato dall'art. 21-*nonies*, della legge n. 241/1990, aggiunto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15⁶².

Alla stregua di tale paradigma, l'annullamento presuppone un atto **geneticamente viziato**, ovvero una violazione capace di infirmare (*ab origine*) la legittimità dell'atto⁶³. Tuttavia, il solo ripristino della legalità violata non è motivo idoneo, *ex se*, ad abilitare alla rimozione dell'atto.

Nella motivazione, necessaria e particolarmente aggravata, del provvedimento di autotutela deve esplicitarsi l'apprezzamento - anche sul piano comparativo - del sacrificio imposto ai privati interessati (beneficiari dell'atto demolendo), tenendo conto delle posizioni consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento seguito dalla P.A.

Proprio al fine di un idoneo contemperamento dei contrapposti interessi, non si può pretermettere la garanzia partecipativa, con la comunicazione dell'avvio del procedimento⁶⁴.

61 Per il Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8321, non rileva il *nomen iuris* attribuito dall'amministrazione, spettando al giudice amministrativo la qualificazione del provvedimento impugnato; secondo Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1515, l'atto amministrativo va qualificato per il suo effettivo contenuto, per quanto effettivamente dispone, non già per la sola qualificazione che l'autorità, nell'emanarlo, eventualmente ed espressamente gli conferisca.

62 La dottrina sul tema è amplissima. Per tutti si rinvia alle seguenti voci e contributi: L. BIGLIAZZI GERI, (voce), *Autotutela* (dir. civ.), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991; G. CORAGGIO, (voce) *Autotutela*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991; G. CORSO, (voce) *Autotutela* (dir. Amm.), in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, p. 611; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *Federalismi.it*, 6, 2017, pp. 11 ss.; ID., *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 1190 ss. Con specifico riferimento all'attività edilizia, M. SINISI, *Autotutela e governo del territorio*, in *Riv. giur. ed.*, 2, 2024, pp. 157 ss.; G. MANFREDI, *L'Autotutela in edilizia*, in *Urb. e Appalti*, n. 10/2014, pp. 1090 ss.; G. GHETTI, voce *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, p. 268; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio, in codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2017, p. 987; F.G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 174; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, 2003, pp. 138 ss.; S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15/2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 245.

63 Per una schematica, quanto chiara, ricostruzione dei presupposti per l'annullamento d'ufficio, cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024, pp. 222 ss.

64 Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5168: «Gli atti di autotutela e di ritiro devono essere preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento (...), al fine di consentire, attraverso l'instaurazione del contraddittorio con gli interessati, una loro efficace tutela nell'ambito del procedimento amministrativo ed, al contempo, di fornire

In altri termini, l'amministrazione procedente, nel caso di esercizio del potere di autotutela, è tenuta a fornire un'adeguata motivazione in ordine alla natura e alla gravità delle anomalie contenute nell'atto da rimuovere e che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni dei privati, giustificano il provvedimento di autotutela.

Conformemente agli indirizzi giurisprudenziali che nel frattempo si erano consolidati, il relativo comma 1, nella sua originaria formulazione, sanciva che: «*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*».

In tale contesto, appariva evidente la rilevanza del dato temporale, stante la non esaustività dell'espressione “*termine ragionevole*”. Cosicché, con l'art. 6, della legge 7 agosto 2015, n. 124 si è delimitato l'arco temporale entro cui l'amministrazione può intervenire, sancendo in diciotto mesi⁶⁵ il limite del “*termine ragionevole*” ivi indicato, con la precisazione che essi decorrono dall'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato *per silentium*⁶⁶.

L'esercizio del potere di autotutela decisoria trova così il limite nella tutela della certezza del diritto nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: limite originato dal necessario bilanciamento, valutato *a priori* dal legislatore, tra interessi pubblici e interessi privati⁶⁷.

Come osservato⁶⁸, l'attuale formulazione dell'art. 21-nonies - con specifico riguardo ai

all'amministrazione, con la rappresentazione di fatti e la proposizione di osservazioni da parte del privato, elementi di conoscenza utili o indispensabili all'esercizio del potere discrezionale, in funzione di una ponderata valutazione dell'interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto». Di recente TAR Campania, Salerno, sez. I, 27 novembre 2024, n. 2297; *id.*, Napoli, sez. IV, n. 2194 del 2024, cit.

⁶⁵ Il termine è stato ridotto a dodici mesi dall'art. 63, comma 1, della l. n. 108 del 29 luglio 2021, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, recante «*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*».

⁶⁶ Per un'ampia riflessione su tale novella, G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno. L'autotutela nella legge Madia*, cit., pp. 5 ss.; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, *passim*; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giustamm.it*, n. 6/2016; F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi.it*, 20/2015, 21 ottobre 2015; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio-assenso e autotutela*, cit.

⁶⁷ P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *Federalismi.it*, 14/2020, p. 241.

⁶⁸ Cons. Stato, sez. V, 02 agosto 2019, n. 5496, ove si precisa che: «*Il principio generale secondo cui quando si tratti di porre rimedio ad un illegittimo l'esborso di denaro pubblico, non solo l'interesse sotteso, in termini di concretezza ed attualità, alla misura rimotiva deve ritenersi in re ipsa, ma neppure può conferirsi rilievo ostativo o preclusivo al decorso del tempo, avuto corretto riguardo alla ratio che lo ispira, va applicato solo nei casi di esborso continuativo di denaro pubblico o, più in generale, nei casi in cui l'esborso implichi ulteriore e prospettico depauperamento di risorse pubbliche. È solo in tal caso, infatti, che l'interesse pubblico può dirsi (non solo*

provvedimenti che comportino “attribuzione di vantaggi economici” - ha scolpito un limite temporale qualificato, che non può superare i dodici mesi; tale norma è espressiva del principio in virtù del quale, nelle situazioni in cui maggiore è l’affidamento del destinatario⁶⁹, la ragionevolezza del termine per l’intervento rimotivo va vagliata con particolare rigore.

Il principio della tutela dell’affidamento - che trae origine dall’esigenza, propria dei rapporti di diritto privato, di tutelare la fiducia generata da altri e riposta sull’esistenza, reale o presunta, di una situazione di fatto o di diritto - anche grazie all’influenza del diritto euro-unionale e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea⁷⁰, si presenta quale principio generale dell’ordinamento, sulla base dei principi, anche di matrice costituzionale⁷¹, di legalità, di uguaglianza, di buon andamento e imparzialità

concreto, in quanto effettivamente sussistente, in relazione alla vicenda incisa e, come tale, distinto dal mero e solo concorrente interesse al ripristino della violata legalità, ma anche, come è necessario) attuale, nella segnata e specifica accezione di perdurante (che ne evoca una delle possibili accezioni sul piano della rilevanza temporale)». Nei medesimi termini, Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2020, n. 1258.

69 Come nei casi paradigmatici di assenso autorizzatorio di iniziative economiche o di ausili finanziari, accomunati dalla consistenza del vantaggio acquisito in termini di vero e proprio diritto soggettivo, espanso nell’un caso per rimozione di un limite legale, nell’altro caso in forza della erogazione patrimoniale concessa e, nell’un caso e nell’altro, suscettibile anche di potenziali vicende circolatorie.

70 Il diritto dell’Unione Europea, fin dalla sentenza della Corte di Giustizia CE, 3 maggio 1978 (C-112/77, *Topfer*), tutela il principio del legittimo affidamento come “parte del diritto comunitario”. La stessa Corte ha, più volte, ribadito che il principio in esame rientra fra i principi fondamentali dell’Unione e che può essere invocato da ogni soggetto nel quale un’istituzione dell’Unione abbia fatto sorgere fondate speranze; costituiscono un esempio di assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative, a prescindere dalla forma della comunicazione, informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili (sentenza del 17 marzo 2011, *AJD Tuna*, C-221/09, Racc. pag. I-1655, punto 72 e giurisprudenza ivi citata). Al contempo, si precisa che, qualora un operatore economico prudente sia in grado di prevedere l’adozione di un provvedimento dell’Unione idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio del principio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato (cfr. sentenza Corte UE, 23 gennaio 2019, C-419/17).

71 Per il Giudice delle Leggi il valore del legittimo affidamento, che trova copertura costituzionale nell’art. 3 Cost., non esclude che il legislatore possa assumere disposizioni che modifichino in senso sfavorevole agli interessati la disciplina di rapporti giuridici «anche se l’oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti», ma esige che ciò avvenga alla condizione “che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l’affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto» (sentenze n. 56 del 2015, n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009). Solo in presenza di posizioni giuridiche non adeguatamente consolidate ovvero in seguito alla sopravvenienza di interessi pubblici che esigano interventi normativi diretti a incidere peggiorativamente su di esse, è consentito alla legge di intervenire in senso sfavorevole su assetti regolatori precedentemente definiti (Corte Cost., 5 novembre 2015, n. 216, 23 giugno 2017, n.147 e 27 gennaio 2023, n. 8). La gius-pubblicistica (Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2024, n. 6683) ha sottolineato che l’art. 1 comma 2-bis della l. n. 241 del 1990 (secondo cui i “rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”) ha positivizzato una regola generale delle relazioni giuridiche intersoggettive. A fronte del dovere di buona fede si pone l’affidamento sulla correttezza dell’operato di controparte ovvero dell’amministrazione (Ad. plen. 29 novembre 2021, n. 21, 04 maggio 2018 n. 5 e 05 settembre 2005 n. 6).



dell'amministrazione⁷².

Con la novella del 2015 si è, anche, inserito il comma 2-*bis*⁷³ all'articolo in commento, alla stregua del quale il predetto limite temporale non trova applicazione ove il provvedimento sia stato rilasciato a seguito di una falsa rappresentazione delle circostanze fattuali, incluse autodichiarazioni mendaci e non veritiere, oltre che per generali ipotesi di condotte illecite, sanzionate in via definitiva.

La norma non si presta ad una lettura piana, anche perché sembra presupporre, sempre e comunque, un accertamento in sede giudiziaria dell'illecito.

In proposito, il prevalente indirizzo giurisprudenziale⁷⁴ sostiene che la costruzione sintattica e l'interpretazione logico-sistematica implicano una chiara distinzione tra il caso in cui il provvedimento sia conseguito in funzione di una semplice *"falsa rappresentazione dei fatti"* - intesi questi ultimi anche come condizione dei luoghi e loro relazioni spaziali - e l'ipotesi in cui il rilascio del provvedimento sia fondato (anche) su *"dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci"*.

Sempre secondo tale indirizzo, non rileva tanto l'uso della disgiuntiva *"o"*, che separa e differenzia le due fattispecie, bensì e soprattutto perché soltanto alle dichiarazioni e all'atto di notorietà è riferita la proposizione *"false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato"*, e solo a queste ultime, appunto in quanto effetto di condotte costituenti reato, è ricollegabile il successivo inciso *"accertate con sentenza passata in giudicato"*⁷⁵.

In altri termini, qualora, in spregio alla peculiare efficacia probatoria che è riconosciuta dall'ordinamento alle dichiarazioni e all'atto di notorietà, esse siano false o mendaci - e in effetti false in quanto mendaci, ossia dirette ad attestare fatti insussistenti o diversamente esistenti in *rerum naturae* - al fine di superarne tale efficacia è imprescindibile l'accertamento in sede penale; diversamente la falsa rappresentazione, che può limitarsi anche al solo silenzio su circostanze rilevanti o al riferimento solo parziale delle medesime, rileva nella sua oggettività e non richiede alcun accertamento processuale penale⁷⁶.

72 Per ulteriori approfondimenti, cfr. G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della Pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

73 Dal seguente tenore letterale: *«I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445»* (sull'esercizio del potere di autotutela dopo il decorso del termine annuale, Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2024, n. 1926, che richiama l'Adunanza Plenaria n. 8/2017).

74 Il cui *leading case* è rappresentato da Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4374.

75 Tesi ribadita da TAR Campania, Napoli, sez. IV, 14 maggio 2019, n. 2568.

76 Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio, 2018, n. 4374. L'orientamento, consolidato, è stato confermato da Cons. Stato, sez. II, 5 febbraio 2024, n. 1188, *id.*, sez. IV, 8 agosto 2024, n. 7056, *id.*, sez. VI, 23 luglio 2024, n. 6636.

Peraltro, nei casi in cui l'operato dell'amministrazione sia stato fuorviato dall'erronea o falsa rappresentazione dei luoghi, non occorre una specifica motivazione sull'interesse pubblico⁷⁷.

A ricondurre a sistema tutti i diversi profili problematici ed applicativi è stata l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁷⁸.

Restano da precisare due ulteriori profili.

In ragione della *littera legis*, il termine di 12 mesi trova applicazione solo a fronte di provvedimenti autorizzatori o che rechino benefici economici (il riconoscimento di contributi o sovvenzioni) e non per atti di natura concessoria, quali quelli concernenti l'utilizzo di beni demaniali o di suolo pubblico; la ragione di tale limitazione oggettiva deve rinvenirsi nella necessità di proteggere un bene di matrice pubblicistica e di "limitato" godimento.

A conforto di tale interpretazione concorre, sempre sul piano letterale, il rilievo che il trascritto comma 2-bis usa la generica espressione "provvedimenti amministrativi", senza alcuna specificazione, tantomeno differenziandoli in ordine agli effetti prodotti nella sfera giuridica del destinatario, riguardando ogni tipologia di provvedimento.

Diversamente, il comma 2, dell'art. 21-nonies, concernente lo speculare atto di convalida, non è stato interessato dalla riforma, con la conseguenza che esso non è soggetto ad un termine predefinito e decadenziale, dovendo intervenire nel tradizionale "termine ragionevole".

Tuttavia, la diversità di disciplina non si giustifica se solo si considera che la **convalida** consentirebbe di sanare anche provvedimenti inibitori o interruttivi di iniziative del privato, producendo su di esse quegli effetti pregiudizievoli, anche a distanza di tempo, che la citata novella ha inteso limitare.

77 TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 21 marzo 2023, n. 738; TAR Campania, Salerno, sez. II, 4 febbraio 2019, n. 217; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 12 giugno 2018, n. 574.

78 Con decisione del 17 ottobre 2017, n. 8, i cui principali indirizzi ermeneutici possono così riassumersi: «Nella vigenza dell'articolo 21-nonies della l. 241 del 1990 l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole. In tali ipotesi, tuttavia, deve ritenersi; il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro; l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del ius poenitendi); la non veritiera prospettazione del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte».



Si ricorda che, in virtù della convalida, la P.A. ha la facoltà di sanare i propri atti da vizi di legittimità, in applicazione del principio di conservazione degli atti, mediante una manifestazione di volontà rivolta ad eliminare il vizio accertato.

In precedenza, l'art. 6 della legge n. 249 del 1968 consentiva la convalida, anche in pendenza di gravame, degli atti viziati da incompetenza⁷⁹. Ora si ritiene ammissibile la convalida di un atto anche nelle more del giudizio, proprio alla luce dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 che ha previsto la possibilità, in generale, di convalida dell'atto per ragioni di pubblico interesse ed entro un ragionevole lasso temporale, senza che il legislatore abbia previsto come causa preclusiva la pendenza di un giudizio⁸⁰.

Il provvedimento di convalida individua un provvedimento nuovo che si collega all'atto convalidato, al fine di mantenerne fermi gli effetti fin dal momento in cui questo è stato emanato (efficacia *ex tunc*), senza che in ciò possa rinvenirsi una qualsiasi volontà di riesercizio di un'attività discrezionale e/o di amministrazione attiva esercitata per la prima volta.

Ciò posto, «pur se non è necessario che l'organo adottante il provvedimento di convalida debba ripercorrere, con obbligo di dettagliata motivazione, tutte le fasi del procedimento relative al provvedimento convalidato, è necessario che emergano chiaramente dall'atto convalidante le ragioni di interesse pubblico e la volontà dell'organo di assumere tale atto»⁸¹.

4. La revoca in senso proprio, il ritiro, la revoca/decadenza, gli atti di conferma

Anche il potere di revoca (art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990)⁸² è stato oggetto di emende.

In proposito va ribadito che, a seguito della novella della l. n. 124/2015, non è più possibile rimuovere gli effetti della SCIA con una revoca, ovvero per ragioni attinenti a circostanze sopravvenute o per mera opportunità, posto che il nuovo comma 4 dell'art. 19 della legge n.

⁷⁹ L'art. 6 è reputato tuttora vigente ed è considerato una specificazione della più generale previsione dell'art. 21 *nonies*; cfr., sul punto, Cons. Stato, sez. VI, n. 2840 del 2009.

⁸⁰ TAR Campania, Napoli, sez. V, 4 dicembre 2018, n. 6953. Di recente, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 12 giugno 2024, n. 1782, in cui si ribadisce che la convalida può intervenire anche in corso di giudizio, per garantire l'economicità e l'efficienza dell'azione amministrativa oltre che la concentrazione delle difese processuali in un solo giudizio (essendo consentita la proposizione di motivi aggiunti contro gli atti di convalida eventualmente intervenuti nel corso del processo); al contempo si sottolinea che non si tratta di un'integrazione motivazionale attraverso gli atti difensivi - normalmente non ammessa dalla giurisprudenza - bensì di un nuovo esercizio del potere amministrativo mediante un provvedimento di convalida, rispettoso del principio di conservazione degli atti amministrativi e dei loro effetti giuridici.

⁸¹ È quanto sostenuto da Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2011, n. 2863.

⁸² Il novellato comma 1, dell'art. 21-*quinquies*, prevede: «Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge».

241/1990 richiama solo il potere di annullamento (e non la revoca di cui all'art. 21-*quinquies*)⁸³.

La sua operatività, quindi, andrebbe valutata solo in riferimento ad un titolo abilitativo espresso, quale un permesso di costruire ordinario o in sanatoria.

Sul punto, l'inoperatività del potere in esame si configura allorquando il titolo edilizio abbia già prodotto effetti, con la realizzazione dell'*opus*, non potendosi immaginare un intervento di riesame, *sub specie* della revoca, a fronte di un manufatto realizzato ed ultimato.

L'arco temporale durante il quale potrebbe intervenire la revoca concerne la fase successiva al rilascio del titolo ma antecedente all'avvio dell'attività o dei lavori.

Su tale profilo, un recente intervento legislativo ha inciso, riducendola, sull'ampia discrezionalità in precedenza riconosciuta alla P.A.

In particolare, l'originaria previsione normativa contemplava tre possibili (anche se autonomi) presupposti per l'esercizio del potere in esame:

- la sopravvenienza di un interesse pubblico;
- il mutamento della situazione di fatto posta a presupposto del provvedimento da revocarsi;
- una nuova valutazione dell'interesse pubblico, connotata da una lata discrezionalità.

Nel delimitare tali due ultime ipotesi, il Legislatore⁸⁴ ha, in primo luogo, precisato che il "*mutamento della situazione di fatto*" non doveva essere prevedibile al momento del rilascio del provvedimento amministrativo revocando, dovendo trattarsi di circostanze imprevedibili o

83 Per la distinzione tra annullamento e revoca non rileva il *nomen iuris* bensì il potere concretamente esercitato, come ricordato dal TAR Lazio, Roma, sez. II, 1° aprile 2019, n. 4276; *id.*, sez. III, 14 dicembre 2023, n. 18983. In dottrina, per una ricostruzione dei presupposti della revoca, della relativa efficacia e del conseguenziale indennizzo, cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 226; R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado*, voce (diritto amministrativo), in *Enc. Dir. Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, pp. 930 ss.; S. ROMANO, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, in *Nuovo Digesto italiano*, 1937, vol. 1, pp. 473 ss. e in *Novissimo Digesto Italiano*, 1957, I, 1, pp. 642 ss. (voce rivista da G. Miele); E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958; V. ANTONELLI, *Annullamento d'ufficio*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Diritto amministrativo*, 2005, pp. 843 ss.; D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 4, pp. 689 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; D. CORLETTI, *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007; A. ARDITO, *Revoca e nuovi modelli amministrativi di rivedibilità*, Bari, 2008; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; M. IMMORDINO - M.C. CAVALLARO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 5202 ss. Sul potere di sospensione, S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012.

84 *Id est*: art. 25, comma 1, lett. b-ter), del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164.

riconnesse a nuovi atti di programmazione, ovvero a sopravvenienze normative che impongano prescrizioni o determinazioni incompatibili con gli effetti dell'atto rimuovendo.

Allo stesso tempo, il mero *revirement*, inteso quale nuova e diversa valutazione dell'assetto degli interessi (capace di ridursi in una rimodulazione degli obiettivi programmatici, se non, addirittura, in un diverso apprezzamento delle scelte eseguite da precedenti organi di governo), risulta inibito in presenza di atti autorizzatori o di quelli recanti vantaggi economici⁸⁵.

Diversamente dall'annullamento, **la revoca presuppone un atto legittimo**, incide sugli effetti da esso prodotti e opera *ex nunc*, nel senso che impedisce all'atto di produrre ulteriori effetti.

A seguito della novella, risulta imprescindibile verificare se l'atto abbia, o meno, prodotto effetti: nel primo caso, infatti, non può ritenersi ammissibile un *revirement* motivato da mere ragioni di opportunità, in dispregio all'affidamento (meritevole di tutela) posto dal privato nell'atto revocando. Cosicché, non risulterebbe immune da censure la revoca di un titolo abilitativo e concessorio per un mero *ius poenitendi* dell'amministrazione.

Se l'atto ha già spiegato i suoi effetti, occorre addurre la *sopravvenienza* di un interesse pubblico contrario alla persistenza dell'atto.

In altre parole, la revoca concerne un atto (legittimo) che produce effetti incompatibili con il mutato quadro degli interessi pubblici; ad esempio, potrebbe essere giustificata dalla sopravvenienza di vincoli di inedificabilità incidenti sull'area oggetto di trasformazione o di normative inibitorie dell'attività oggetto di comunicazione.

Dalla revoca in senso proprio, va distinta la **revoca/decadenza**, riconnessa ad inadempienze (quindi al comportamento) del soggetto destinatario del provvedimento revocando; si pensi alle ipotesi di mancato rispetto di prescrizioni connesse a titoli abilitativi o al mancato rispetto di termini per iniziare o completare i lavori⁸⁶.

⁸⁵ La terminologia è la stessa ora usata dall'art. 21-*nonies*, per cui si rinvia alle considerazioni sopra svolte in ordine all'ambito oggettivo di applicazione della norma.

⁸⁶ È opportuno richiamare gli indirizzi interpretativi forniti da Cons. Stato, ad. pl. 30 luglio 2024, n. 14, afferenti all'ipotesi di realizzazione, prima della decadenza del permesso di costruire, di opere non completate. Secondo la plenaria, in siffatte ipotesi, occorre distinguere a seconda se le opere incomplete siano autonome e funzionali oppure no: nel caso di costruzioni prive dei suddetti requisiti di autonomia e funzionalità, il Comune deve disporre la demolizione e la riduzione in pristino ai sensi dell'art. 31 del d.p.r. n. 380/2001, in quanto eseguite in totale difformità rispetto al permesso di costruire; qualora il permesso di costruire abbia previsto la realizzazione di una pluralità di costruzioni funzionalmente autonome (ad esempio villette) che siano rispondenti al permesso di costruire considerando il titolo edificatorio in modo frazionato, gli immobili edificati - ferma restando l'esigenza di verificare se siano state realizzate le opere di urbanizzazione e ferma restando la necessità che esse siano comunque realizzate - devono intendersi supportati da un titolo idoneo, anche se i manufatti realizzati non siano totalmente completati, ma - in quanto caratterizzati da tutti gli elementi costitutivi ed essenziali - necessitino solo di opere minori che non richiedono il rilascio di un nuovo permesso di costruire; qualora le opere incomplete, ma funzionalmente autonome, presentino difformità non qualificabili come gravi, l'amministrazione potrà adottare la

Come autorevolmente sottolineato, la decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva di una posizione giuridica di vantaggio, è istituto che, pur presentando tratti comuni col più ampio *genus* dell'autotutela, ne deve essere opportunamente differenziato, caratterizzandosi:

- a) per l'assenza, in materia di decadenza, di una norma generale quale quella prevista dagli artt. 21 *quinquies* e *nonies* della legge 241/90;
- b) per la tipologia del vizio, *more solito* individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto;
- c) per il carattere vincolato del potere⁸⁷.

Diversa è l'ipotesi in cui un atto sia affetto da un mero errore materiale (*lapsus calami*), dovuto, ad esempio, ad un'errata trascrizione dei dati identificativi di chi abbia presentato una scia o la comunicazione ovvero di altri elementi fattuali, quali i dati catastali dell'immobile interessato dall'intervento. In tale eventualità, è sufficiente una disposizione con cui l'organo competente **rettifichi** il precedente provvedimento, non dovendo esternare particolari ragioni di pubblico interesse né garantire il contraddittorio procedimentale⁸⁸.

Qualora, invece, si intenda rimuovere un atto privo di efficacia (un atto di indirizzo, una nota interna), non sussistendo posizioni giuridiche da tutelare, è possibile invocare anche ragioni di opportunità, senza obbligo di motivazione e senza l'esigenza di garantire il contraddittorio.

In tale ipotesi, l'atto di secondo grado configura un mero "*atto di ritiro*"⁸⁹.

sanzione dell'art. 34 del t.u.; è fatta salva la possibilità per la parte interessata, ove ne sussistano tutti i presupposti, di ottenere un titolo che consenta di conservare l'esistente e di chiedere l'accertamento di conformità ex art. 36 del t.u. nel caso di opere "minori" (quanto a perimetro, volumi, altezze) rispetto a quelle assentite, in modo da dotare il manufatto - di per sé funzionale e fruibile - di un titolo idoneo, quanto alla sua regolarità urbanistica.

87 Cons. Stato, ad. pl., 11 settembre 2020, n. 18, nonché, di recente, Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2024, n. 5860. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la perdita di efficacia della concessione di costruzione per mancato inizio o ultimazione dei lavori nei termini prescritti deve essere accertata e dichiarata con formale provvedimento dell'amministrazione anche ai fini del necessario contraddittorio col privato circa l'esistenza dei presupposti di fatto e di diritto che possono legittimarne la determinazione (su tale ultimo profilo, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2024, n. 4391 e 23 marzo 2023, n. 2935).

88 *Ex multis*, TAR Lazio, sez. IV *ter*, 11 novembre 2024, n. 19821; TAR Lazio, sez. II, 3 febbraio 2020, n. 1362; TAR Sicilia, Catania, sez. II, 28 maggio 2015, n. 1452; Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3139; TAR Campania, Napoli, sez. II, 23 luglio 2003, n. 9659.

89 Sulle differenti modalità procedurali per l'adozione di un atto di ritiro, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 12 dicembre 2024, n. 2242; Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2014, n. 864 ed anche TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 6 dicembre 2005, n. 2322, secondo cui il mero ritiro di un provvedimento amministrativo, a differenza dell'annullamento o della revoca, non richiede né la verifica della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'autotutela, derivante dall'efficacia provvisoria dell'atto annullabile, né l'applicazione, in favore del destinatario del provvedimento di secondo grado, dell'art. 7 della l. n. 241/90.



Per completezza espositiva, infine, va ricordata la distinzione tra “*conferma in senso proprio*” ed “*atto meramente confermativo*”, visto il rilievo che essa assume in sede giudiziaria (piuttosto che sul piano semantico o della qualificazione giuridica), per la non impugnabilità del secondo.

Il **provvedimento di conferma** presuppone un completo riesame della fattispecie, che si conclude con la conferma dell’atto in origine adottato, dopo una nuova valutazione da parte dell’autorità emanante; l’**atto meramente confermativo**, invece, si limita a richiamare il precedente provvedimento e a ribadire integralmente il contenuto, senza alcun nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto già considerati⁹⁰.

Il provvedimento di conferma si configura dunque come esito di un procedimento di secondo grado, senza che rilevi il fatto che la decisione assunta coincida perfettamente con quella contenuta nel precedente provvedimento, perché quel che conta è che essa sia il frutto di un rinnovato esercizio del potere amministrativo. In altri termini, sollecitata, in entrambi i casi, a riaprire il procedimento da un’istanza esterna, l’amministrazione con l’atto meramente confermativo dà una risposta negativa non riscontrando valide ragioni di riapertura del procedimento concluso con la precedente determinazione, laddove con il provvedimento di conferma dà una risposta positiva, riapre il procedimento e adotta una nuova determinazione; di conseguenza solo nel caso del provvedimento di conferma in senso proprio vi è un procedimento e, all’esito di questo, un nuovo provvedimento, sia pure di contenuto identico al precedente. Con la conseguenza, sul piano processuale, che, mentre il primo si sostituisce integralmente al precedente provvedimento ed è autonomamente impugnabile, l’eventuale ricorso contro il secondo risulterebbe inammissibile perché proposto contro un atto privo di autonoma capacità lesiva⁹¹.

Il *discrimen* tra le due fattispecie tipologiche viene dunque rinvenuto nell’eventuale nuova istruttoria messa in essere dall’amministrazione procedente⁹².

90 Come recentemente ribadito (TAR Sicilia, Catania, sez. II, 27 agosto 2024, n. 2923), la distinzione tra atto meramente confermativo, quindi non impugnabile, e atto di conferma in senso proprio, autonomamente impugnabile, è data dallo svolgimento quanto al secondo di una rinnovata valutazione e ponderazione, ovvero un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento; segnatamente, ricorre l’atto meramente confermativo nel caso in cui è ribadita la decisione assunta nell’atto precedente, senza alcuna rivalutazione degli interessi, né nuovo apprezzamento dei fatti; vi è, invece, provvedimento di conferma quando si procede ad un riesame della precedente decisione, valutando nuovamente gli elementi di fatto acquisiti ovvero acquisendone di nuovi, come pure ponderando una seconda volta gli interessi coinvolti.

91 Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2023, n. 8509; TAR Campania, Salerno, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 394; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 20 gennaio 2025, n. 130.

92 Ha carattere di atto di conferma e non di atto meramente confermativo quello con cui l’amministrazione, pur pervenendo allo stesso dispositivo di una precedente determinazione, compia uno o più atti istruttori al fine di accertare la fondatezza di eventuali doglianze formulate dall’interessato. Un atto di conferma, assurgendo a nuova

Per entrambe le tipologie vi è identità dei soggetti e del dispositivo.

Ad esempio, la mancata tempestiva impugnazione di un provvedimento inibitorio di una SCIA non determina l'inammissibilità del ricorso proposto avverso un successivo atto preclusivo dell'intervento segnalato, laddove il secondo sia fondato su una diversa motivazione o, comunque, sia stato adottato all'esito di un'apposita istruttoria (indipendentemente dal tenore analogo della decisione finale assunta); non si è, infatti, in presenza di un atto meramente confermativo, quanto piuttosto di un atto di conferma a carattere rinnovativo, che modifica la realtà giuridica e riapre i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale⁹³.

In sintesi, in caso di istanza di riesame, l'amministrazione, fatti salvi i casi (prevalentemente di origine pretoria) di annullamento doveroso⁹⁴, potrebbe:

a) non adottare alcun provvedimento (non sussiste, in tal caso, un obbligo di provvedere, in special modo ove siano decorsi i termini di impugnazione)⁹⁵;

manifestazione di volontà dell'amministrazione, successiva ad un procedimento di riesame, si sostituisce alla precedente manifestazione di volontà e riapre i termini per impugnare (TAR Campania, Napoli, sez. III, 7 agosto 2024, n. 4595; Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2022, n. 6819, TAR Campania Napoli, sez. III, 28 maggio 2024, n. 3430). Sui riflessi giustiziali: TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 luglio 2019, n. 9018, TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 11 dicembre 2018, n. 370.

⁹³ In termini, TAR Campania Napoli, sez. VII, 09 febbraio 2023, n. 925; TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 2 marzo 2015, n. 3442.

⁹⁴ Per un'organica trattazione della problematica, anche in un'ottica diacronica, cfr. A. GUALDANI, *La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2018, in cui si richiamano, tra l'altro, i contributi di: F.G. SCOCA, *Un'ipotesi di autotutela impropria*, in *Giur. Cost.*, 2000, pp. 810 ss.; di S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, n. 16/2016, p. 5; di D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2008, p. 425; e di N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *Federalismi.it*, 5/2017, p. 14. Sul piano normativo, un'ulteriore argomentazione che ha spinto i primi commentatori a deporre verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio è stata la novella introdotta dalla l. n. 164 del 2014, di conversione del d.l. n. 133 del 2014, laddove si prevede (art. 21-nonies, comma 1, ultimo periodo) che: "restano ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo" (P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge n. 164/2014. Qualche passo verso la doverosità?*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, p. 34).

⁹⁵ La giurisprudenza è granitica nel ritenere che, in caso di presentazione di un'istanza di autotutela, l'amministrazione non ha l'obbligo di pronunciarsi in maniera esplicita in quanto la relativa determinazione costituisce una manifestazione tipica della discrezionalità amministrativa, di cui è titolare in via esclusiva l'amministrazione per la tutela dell'interesse pubblico; non è quindi configurabile un obbligo di provvedere a fronte di istanze di riesame di atti precedentemente emanati, conseguente alla natura officiosa e ampiamente discrezionale, soprattutto nell'an, del potere di autotutela ed al fatto che, rispetto all'esercizio di tale potere, il privato può avanzare solo mere sollecitazioni o segnalazioni prive di valore giuridicamente cogente. L'amministrazione, infatti, non ha alcun obbligo di provvedere sulle richieste di esercizio del potere di autotutela verso atti divenuti inoppugnabili; in questi casi l'impugnativa del diniego di autotutela è inammissibile, in coerenza con il principio generale della impossibilità di assicurare tutela all'interesse strumentale se non nei casi eccezionali espressamente previsti dalla legge (Cons. Stato, sez. VII, 30 maggio 2024, n. 4838). In dottrina, si registra anche una divergente interpretazione: S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15/2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di) *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 245, secondo cui «il fatto che l'esercizio del potere sia discrezionale non vuol necessariamente dire che non esista un

b) accogliere, in tutto od in parte, i rilievi e riformare la precedente determinazione: in tal caso si impone sia un' *adeguata motivazione*, sia la *comunicazione di avvio* del procedimento a tutti i soggetti potenzialmente interessati (ad esempio, i confinanti o i titolari di diritti reali sui fondi interessati dall'intervento edilizio), sia la *rinnovazione degli atti* della procedura, anche riconvocando la commissione edilizia o paesaggistica ove il vizio infici i relativi verbali;

c) non aderire alle prospettate doglianze e confermare il proprio operato, senza svolgere alcuna istruttoria (con atto meramente confermativo, non impugnabile autonomamente);

d) riesaminare la fattispecie e, ove non riscontri alcun vizio, adottare un nuovo provvedimento che, seppur di analogo contenuto, sarebbe autonomamente impugnabile.

5. L'autotutela e i titoli edilizi "minori"

Come in parte già precisato, dal vigente quadro ordinamentale, a fronte di un espresso paradigma concernente la rimozione degli effetti della SCIA⁹⁶, non emerge un'analoga previsione in caso di azione amministrativa postuma alla CILA.

Tra l'altro, diversamente da quanto disposto per la SCIA, non è previsto un controllo ordinario successivo ed entro un termine perentorio sulla conformità tecnico-giuridica della CILA, limitandosi la norma a introdurre una sanzione pecuniaria se la comunicazione è effettuata spontaneamente quando l'intervento è in corso di esecuzione, per il caso di omessa presentazione della stessa, senza in alcun modo disciplinare l'ipotesi (diversa e ben più complessa) in cui la stessa si profili *contra legem*.

In mancanza di apposite disposizioni, l'indebito utilizzo dello strumento *de quo* è stato ricondotto alle ipotesi di attività edilizia radicalmente *sine titulo*, senza passare per il tramite della declaratoria di inefficacia, legittimando l'applicazione delle corrispondenti sanzioni.

Al riguardo, la Commissione speciale chiamata ad esprimersi sul testo provvisorio del d.lgs. n. 222/2016 (parere n. 1784/2016) ha affermato che in tali casi l'amministrazione non può che disporre degli ordinari poteri sanzionatori dell'abuso, come implicitamente previsto da detta disposizione, laddove fa salve «le prescrizioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia [...]».

La differenza di regime tra la previsione di un potere meramente sanzionatorio (in caso di CILA) e quella di un potere repressivo-inibitorio, nonché di controllo postumo in "autotutela" sulla SCIA si spiegherebbe, secondo il parere, «alla stregua dei principi di proporzionalità e di

obbligo di procedere. Il primo concetto attiene al potere di scelta della p.a. in sede di decisione, mentre questo secondo attiene all'ampiezza del potere di scelta della p.a. al momento di avviare il procedimento».

⁹⁶ Foriero di plurimi dubbi interpretativi e applicativi, come puntualmente segnalato da M. LIPARI, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015, p. 15.

adeguatezza, tenuto conto che nella materia edilizia il legislatore ha costruito un sistema speciale, in cui il controllo dei poteri pubblici è meno invasivo qualora le attività private non determinino un significativo impatto sul territorio, secondo un modello che potrebbe essere chiamato di “*semplificazione progressiva*”», il quale implica che «l’attività assoggettata a CILA non solo è libera, come nei casi di SCIA, ma, a differenza di questa, non è sottoposta a un controllo sistematico, da espletare sulla base di procedimenti formali e di tempistiche perentorie, ma deve essere “*soltanto*” conosciuta dall’amministrazione, affinché essa possa verificare che, effettivamente, le opere progettate importino un impatto modesto sul territorio»⁹⁷.

Da qui le questioni sull’impossibilità di sancire l’inefficacia della comunicazione, nonché di attivare il potere di vigilanza previsto in termini generali dall’art. 27 del d.p.r. n. 380 del 2001.

In particolare, si è alimentato un acceso dibattito, con riflessi anche in sede giudiziaria, circa la tipologia dei poteri azionabili ad opera dell’amministrazione in caso di accertamento dell’insussistenza dei presupposti della citata comunicazione; al contempo, si è discusso (e si discute) dell’impugnabilità delle eventuali determinazioni amministrative (comunicazioni o provvedimenti inibitori che siano) che dovessero sanzionare o vietare le attività intraprese.

Procediamo con ordine.

Alla stregua di un diffuso indirizzo interpretativo la determinazione interdittiva di una CILA sarebbe da ritenersi inficiata da nullità *ex art. 21-septies* della l. n. 241/1990, in quanto assunta *extra ordinem*, al di fuori del perimetro dei poteri repressivi normativamente tipizzati.

A suffragio di tale interpretazione si evidenzia che, mentre in materia di SCIA sussiste una disciplina che postula espressamente l’applicazione dei requisiti procedurali e sostanziali di cui al sopra citato art. 21-*nonies*, la legge non contiene disposizioni simili in ordine alla CILA, venendo in rilievo, con riferimento a quest’ultima, un’attività non solo libera, come nei casi di SCIA, ma, a differenza di quest’ultima, non sottoposta a un controllo sistematico, da espletare sulla base di procedimenti formali e di tempistiche perentorie, che deve essere soltanto conosciuta dall’amministrazione, affinché essa possa verificare che, effettivamente, le opere progettate importino un impatto modesto sul territorio⁹⁸.

Pertanto, la CILA non può essere oggetto di una valutazione di ammissibilità o meno dell’intervento, da parte dell’amministrazione, sebbene a quest’ultima non sia precluso il potere di controllare la conformità dell’immobile oggetto di CILA alle prescrizioni vigenti in materia⁹⁹.

97 Cfr. TAR Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 3 dicembre 2021, n. 193.

98 TAR Campania, Salerno, sez. II, 17 luglio 2024, n. 1514; TAR Campania, Napoli, sez. VI, n. 5057/2023; TAR Campania, Napoli, sez. II, 8 maggio 2019, n. 2469; TAR Veneto, sez. II, 17 settembre 2021, n. 1101.

99 TAR Campania, Salerno, sez. II, 14 dicembre 2020, n. 1935; Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2023, n. 2911.

Ne consegue, sempre secondo tale interpretazione, che l'atto con cui l'amministrazione respinge (archiviando o dichiarando improcedibile/irricevibile/improponibile) una CILA non ha valore provvedimentale, bensì di semplice avviso, privo di esecutorietà e di forza inibitoria, circa la (non) regolarità delle opere oggetto di comunicazione, vertendosi in ambito di attività di edilizia libera e non essendo, peraltro, legislativamente previsto che il Comune debba riscontrare tali comunicazioni con provvedimenti di assenso o di diniego¹⁰⁰.

In altri termini, secondo tale prospettazione, l'azione impugnatoria non è configurabile sotto il profilo ontologico e strutturale, a causa dell'inesistenza di un atto amministrativo (declinatorio o inibitorio) qualificabile a guisa di esercizio della funzione amministrativa di controllo della CILA¹⁰¹, mentre si rende esperibile solo allorquando l'attività da quest'ultima contemplata sia repressa, siccome abnorme.

In senso contrario si assume¹⁰² che la CILA soggiacerebbe, in via analogica, ai medesimi poteri ed alle medesime forme di interdizione e di autotutela decisoria previsti per la SCIA dall'art. 19 della l. n. 241/1990. A tal fine si sottolinea che con il d.lgs. n. 222/2016 tale comunicazione è divenuta il titolo general-residuale, necessario per tutti gli interventi edilizi per i quali le norme del testo unico non impongono la SCIA o il permesso di costruire ovvero che non rientrano nell'attività di edilizia libera¹⁰³. Con tale scelta è mutata l'opzione normativa di cui al previgente comma 4 del richiamato art. 6 che, al contrario, lasciava aperta la categoria della SCIA e tipizzava in maniera specifica gli interventi sottoposti a CILA. Sono ora ricondotte alla CILA opere rilevanti, quali - come si evince da una lettura *a contrario* dell'art. 22 - gli interventi di manutenzione straordinaria leggera, ovvero quelli che, pur comportando cambi di destinazione d'uso urbanisticamente non rilevanti, non riguardano parti strutturali dell'edificio e non incidono sui prospetti.

Secondo tale orientamento, proprio la mancata previsione di sistematicità dei controlli rischia di tradursi in un sostanziale pregiudizio per il privato, che non vedrebbe mai

100 Il medesimo indirizzo interpretativo fa salvo l'esercizio sia del potere sanzionatorio sia del potere di autotutela esecutiva ex artt. 35, comma 3, del d.p.r. n. 380/2001 e 823 cod. civ., qualora l'attività posta in essere debordi dal paradigma normativamente tipizzato per la CILA (TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 5516/2018; TAR Veneto, sez. II, n. 415/2015).

101 Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3275; TAR Campania, Napoli, sez. III, 3 maggio 2022, n. 3026.

102 Secondo tale orientamento, sebbene sulla conformità tecnico giuridica della CILA non sia previsto un obbligo di controllo ordinario postumo entro un termine perentorio ravvicinato e, di conseguenza, un indice del legittimo avvio dell'attività oggetto della comunicazione, devono ritenersi applicabili alla CILA i principi consolidatisi con riferimento alla separazione tra autotutela decisoria ed esecutiva in materia di SCIA o DIA. Di esse, infatti, la CILA condivide l'intima natura giuridica, sicché trovano applicazione i limiti di tempo e di motivazione indicati nell'art. 19 della legge 241 del 1990 in combinato disposto con il richiamo alle condizioni di cui all'art. 21-*nonies* della stessa legge (Cons. Stato, sez. II, 24 aprile 2023, n. 4110; *id.*, sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3275; TAR Sicilia, Catania, sez. III, n. 243 del 2025, cit.).

103 Cfr. P. URBANI, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, cit., pp. 348 ss.

stabilizzarsi la legittimità del proprio progetto, di talché la presentazione della CILA, considerata anche la modesta entità della sanzione per la sua omissione, avrebbe in sostanza l'unico effetto di attirare l'attenzione dell'amministrazione sull'intervento, esponendolo *ad libitum*, in caso di errore sul contesto tecnico-normativo di riferimento, alle più gravi sanzioni per l'attività totalmente abusiva, che l'ordinamento esclude quando l'amministrazione abbia ommesso di esercitare i dovuti controlli ordinari di legittimità sulla SCIA.

Per tale ragione, sempre secondo tale indirizzo, andrebbero mutuati in *subiecta materia* i principi consolidatisi con riferimento alla separazione tra autotutela decisoria ed esecutiva in materia di SCIA o DIA, in particolare dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 45 del 2019. Di esse, infatti, la CILA «condivide l'intima natura giuridica», sicché trovano applicazione i limiti di tempo e di motivazione declinati nell'art. 19, commi 3, 4, 6 *bis* e 6 *ter* della l. n. 241 del 1990, con il richiamo alle «condizioni» di cui all'art. 21-*nonies* della medesima normativa.

Così rappresentate le contrapposte tesi, con il presente contributo si intende fornire una diversa soluzione interpretativa, partendo da altra angolatura.

Come detto, le considerazioni svolte si soffermano sulla natura della comunicazione e sulla tipologia di attività che con essa può essere intrapresa.

La non divisibilità di tale ricostruzione è da riconnettersi al fatto che, indipendentemente dal paradigma normativo, qualora l'amministrazione accerti che l'attività intrapresa imponeva un diverso titolo abilitativo sarebbe tenuta, comunque, a rimuovere gli effetti della citata comunicazione, analogamente alla rimozione degli effetti prodotti dalla SCIA.

Andrebbe azionato un procedimento di secondo grado, con le relative garanzie endoprocedimentali, qualora sussista un concreto affidamento in capo al privato.

Non può ipotizzarsi che solo in ragione della natura della CILA e della tipologia dell'attività che con essa si può intraprendere, l'atto amministrativo postumo sarebbe nullo.

I casi di nullità degli atti amministrativi sono tipizzati dall'art. 21-*septies* della legge sul procedimento e non possono estendersi a profili ulteriori, nemmeno in via analogica¹⁰⁴.

Se il privato presenta una CILA per eseguire un intervento debordante la sfera di operabilità di tale titolo "*minore*", l'amministrazione è tenuta ad adottare un provvedimento inibitorio ovvero, in caso di accertamento tardivo, a rimuovere gli effetti nelle more prodottisi.

Tantomeno ha pregio sottolineare che la CILA è ammissibile per attività edilizie minori, visto che la questione dibattuta attiene all'ipotesi in cui la stessa sia stata inoltrata per una fattispecie non contemplata, che necessitava di un diverso titolo "abilitativo".

104 A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, *passim*; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, *passim*.

Non convince neppure l'assunto secondo cui a risultare dirimente sarebbe l'assenza di un'apposita e specifica disciplina normativa, in ragione del fatto che le generali categorie ordinamentali consentono di prescindere dalla necessità di espresse e circostanziate previsioni; del resto, a seguire tale modello ermeneutico si arriverebbe ad affermare che l'assenza di una specifica previsione costituirebbe un fattore preclusivo anche per azionare i vari meccanismi di autotutela a fronte di titoli edilizi oannonari già rilasciati (in quanto non sempre contemplati *ex professo* dalla norma di settore).

Anche la considerazione che il legislatore abbia espressamente disciplinato la sola sanzione pecuniaria non assume portata decisiva per differenziare le discipline, visto che essa si riferisce alla circostanza di un'attività intrapresa senza la preventiva presentazione della comunicazione, quindi all'ipotesi di omissione di tale adempimento a fronte di un'attività che, comunque, poteva intraprendersi; nessuna specifica o esclusiva sanzione viene normativamente contemplata a fronte di una CILA presentata per interventi soggetti a titoli abilitativi "maggiori", quindi al di fuori del relativo ambito di applicazione.

Invero, proprio il fatto che il legislatore si sia occupato della specificazione della sola sanzione pecuniaria comprova l'unico profilo di diversità rispetto al generale paradigma. È sufficiente il richiamo al principio pacifico del potere implicito, in virtù del quale il potere di riesame si radica nella medesima previsione normativa che contempla il potere di primo grado.

Né può ritenersi esaustiva la circostanza che l'amministrazione possa comunque intervenire con i poteri sanzionatori, in special modo in assenza di qualsiasi intervento eseguito.

Senonché, la questione andrebbe prospettata diversamente.

A risultare dirimente (ai fini dell'azionabilità dei poteri di secondo grado) non è la natura della comunicazione dell'inizio dell'attività, bensì la tipologia del potere esercitato.

Qualora l'amministrazione accerti (o ritenga) che la CILA sia stata proposta al di fuori del suo ambito applicativo (o, comunque, ne contesti l'applicabilità) deve ritenersi doveroso e conforme ai generali canoni procedimentali un provvedimento inibitorio o in autotutela, suffragato da una puntuale motivazione e adottato a valle di un apposito contraddittorio.

La natura di tale determinazione - indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato - consente di configurare un vero e proprio provvedimento, a fronte del quale qualsiasi avversa contestazione andrebbe prospettata con i normali mezzi impugnatori.

Una diversa soluzione infirmerebbe il diritto di difesa, visto che il privato, a fronte di un provvedimento dal chiaro contenuto inibitorio, non potrebbe proporre impugnativa (che verrebbe dichiarata inammissibile).

Risulterebbe inficiato il principio di proporzionalità, visto che l'interessato sarebbe tenuto ad impugnare la pedissequa sanzione ripristinatoria, senza potersi avvalere dei rimedi

precontenziosi; soprattutto, sarebbero infirmati il principio di leale collaborazione e il diritto ad essere ascoltati, in quanto sarebbe pretermessa qualsiasi forma di contraddittorio, nel corso della quale sarebbe (stato) possibile conciliare contrapposte posizioni o divergenti analisi.

Tutto verrebbe trasferito all'onerosa e non naturale sede contenziosa (non sempre risolutiva), con aggravio per entrambe le parti e con uno scrutinio, in molti casi, limitato a profili di rito.

Se è vero che l'intervento sanzionatorio potrebbe giustificarsi con la chiara e non controversa applicabilità della CILA, è altrettanto inconfutabile che la diffusa incertezza di sussumere nelle categorie di intervento astrattamente tipizzate, quello intrapreso o da intraprendersi rende oltremodo auspicabile la fase di confronto con l'amministrazione precedente.

Prospettare il solo potere sanzionatorio equivarrebbe ad annichilire la stessa attività amministrativa, intesa come analisi della fattispecie e sede "naturale" di temperamento degli interessi; la P.A., in tal modo, sarebbe superflua, essendo sufficienti modelli meccanici, ispirati alla metodologia neutra dell'on/off.

A suffragio di tale assunto possono invocarsi anche le riflessioni di autorevole dottrina, attenta a tracciare la distinzione tra funzione attribuita all'amministrazione ed esercizio del potere nell'espletamento della funzione¹⁰⁵; si sostiene che l'esercizio del potere determina il suo esaurimento, l'esercizio della funzione no; la funzione permane oltre il singolo esercizio del potere, permane al di là del singolo episodio di amministrazione.

La funzione è nella natura stessa della pubblica amministrazione.

La titolarità, in capo all'amministrazione, della funzione è l'origine dei nuovi poteri che continuamente si generano e si rinnovano nell'avvicinarsi delle situazioni giuridiche; nonché, per quanto qui di interesse «*lo svolgimento della funzione può richiedere così di intervenire nuovamente nello stesso rapporto giuridico; l'amministrazione può revocare il provvedimento già emanato, così come può emanare un nuovo provvedimento dopo l'annullamento del precedente*»¹⁰⁶.

A lume di tali riflessioni si può ritenere che l'amministrazione sia libera di esercitare il potere in ogni tempo e di riesercitarlo per sostituire le proprie precedenti determinazioni.

6. Considerazioni conclusive

105 B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, p. 785.

106 M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018, p. 15, ove si afferma: «*La preminenza dell'atto successivo su quello anteriore è l'unica soluzione coerente con la sopravvivenza della funzione al suo esercizio: è una soluzione imposta dalla natura della funzione amministrativa che è inesauribile. Infatti, se il secondo atto non potesse produrre effetti di annullamento, revoca, modifica, convalida o conferma del primo atto, significherebbe che possiede una efficacia inferiore e dunque che la funzione si è affievolita o addirittura consumata al momento del suo primo esercizio*».

L'abbandono del tradizionale modello dell'amministrazione *ex ante* deve considerarsi una svolta irreversibile anche se progressiva.

La semplificazione documentale e l'autoresponsabilità dell'interessato rappresentano i due pilastri su cui tale processo va a cementificarsi.

L'attenzione del legislatore è stata rivolta ai tempi del controllo postumo, onde sottrarre il privato-dichiarante ad azioni tardive e pregiudizievoli.

Per l'effetto, si è prevista la decadenza del potere inibitorio, con la possibilità, non marginale, di vedere consolidate situazioni radicalmente viziate a causa di assenza di controlli o di interventi istruttori tardivi.

Il modello che emerge risulta impropriamente sbilanciato, oltre che per la non condivisibile previsione di un *dies ad quem* predeterminato e universalmente applicabile, anche in ragione degli strumenti giudiziari azionabili dal controinteressato, che si presentano farraginosi e poco efficaci.

Ed allora, a fronte della decadenza del potere inibitorio della P.A. non può restare inalterato il meccanismo giudiziario, posto che l'ammissibilità di azioni immediate (senza il filtro di una diffida) e con una cognizione piena del giudicante (e non limitate alla violazione dell'obbligo di provvedere) potrebbero costituire un utile bilanciamento del sistema, nell'ottica dell'adequata tutela degli interessi primari o superindividuali.

Al contempo, è necessario che si consolidi l'indirizzo ermeneutico¹⁰⁷ in virtù del quale gli istituti di semplificazione possono produrre gli effetti ordinamentali solo nel caso in cui siano stati ritualmente presentati, quindi corredati da tutte le dichiarazioni sostitutive e dalle necessarie relazioni peritali, dovendo ritenersi inefficaci quelli carenti in ordine all'attestazione anche di uno solo dei presupposti, analogamente a quelli caratterizzati da dichiarazioni incerte o ambigue.

Si tratta di correttivi minimi, che non violano i principi di ragionevolezza e proporzionalità e che, soprattutto, prevengono fattispecie di "*illicito liberismo*".

Per quanto concerne la CILA resta l'esigenza di ricostruire un appropriato ed organico paradigma normativo che contempli sia la fase ordinaria che i poteri inibitori e sanzionatori, proprio al fine di favorire il processo di semplificazione che si intende perseguire¹⁰⁸.

107 Di recente ribadito (TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 15 gennaio 2025, n. 690; *id.*, 2 gennaio 2025, n. 52), secondo cui: "*In assenza (o di completezza documentale o) di idoneità del titolo rispetto alla disciplina urbanistica di riferimento, l'efficacia della SCIA (o della CILA) non si consolida, ben essendo possibile esercitare i poteri di autotutela anche successivamente al decorso dei termini di dodici mesi dalla sua presentazione*".

108 Un'attenta ed autorevole dottrina (M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di SCIA, silenzio-assenso e autotutela*, cit., *passim*) suggerisce l'introduzione di una disposizione che puntualizzi in modo esplicito che il possesso di un titolo - almeno fin quando non se ne accerti, con sentenza passata in giudicato, l'illecita acquisizione o formazione - costituisce presunzione di legittimità della condotta e osta all'applicazione delle sanzioni per contrasto con le norme di riferimento.

Il dibattito innanzi descritto, analogamente a questioni involgenti profili minori, è frutto di una legislazione parziale e incompiuta, generata da interventi di carattere quasi emergenziale.

La semplificazione non si persegue con la mera deregolamentazione o con la meccanica riduzione di termini, anche infra-procedimentali.

La semplificazione è, innanzitutto, chiarezza e semplicità nelle forme e nei modelli, nelle nomenclature e nelle espressioni, nei poteri e nelle competenze.

La direzione intrapresa dal legislatore sembra, tuttavia, ispirata da differenti matrici.

Si punta a rendere “innocua” l’amministrazione e ogni potere preventivo o autorizzatorio, responsabilizzando, sotto l’opposto crinale, il privato, al quale, tuttavia, si affidano compiti interpretativi di previsioni incerte e ambigue, esponendolo a contestazioni e inibizioni oltremodo dannose, proprio perché postume.

La trappola della semplificazione e della deregolamentazione è soffocante, non garantisce il risultato, non accelera i procedimenti ma, paradossalmente, moltiplica azioni e aumenta incertezze ed oneri.

Occorre accettare anche differenti ricostruzioni rispetto alla dogmatica tradizionale, capaci di coniugare la natura privatistica delle comunicazioni e delle segnalazioni con i poteri di secondo grado e con le insopprimibili esigenze di tutela dei controinteressati.

In tale contesto l’attività esercitata dalla pubblica amministrazione deve caratterizzarsi sempre meno come potere e sempre più come funzione¹⁰⁹.

Nella visione dinamica del procedimento amministrativo, l’autotutela decisoria dell’art. 21-*nonies*, espressione dell’agire amministrativo, consente alla pubblica amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni, conferendo flessibilità all’atto amministrativo, al fine di adattarlo alle mutevoli esigenze dell’interesse pubblico.

Soprattutto, la chiara perimetrazione delle categorie di intervento e degli ambiti di applicazione dei diversi modelli procedurali, oltre che dei connessi oneri e adempimenti, favorisce la certezza delle posizioni soggettive, tutela le parti in contesa, coniuga garanzie e risultato, contempera idoneamente gli interessi sottesi alla fattispecie.

In una parola: semplifica.

109 A. ROMEO, *Potere pubblico, attività amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, rileggendo le opere di Franco Scoca, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, p. 4554, per il quale “è, in ogni caso, rilevante la necessità teorica di distinguere tra norme attributive del potere e norme intese a disciplinarne l’esercizio e dunque di scorgere l’elemento distintivo della funzione nello sviluppo procedimentale”.

LA PRESCRIZIONE DEL REATO E DEL PROCESSO: UN EQUILIBRIO DA RITROVARE

Giandomenico Salcuni

Abstract [It]: L'Autore analizza criticamente le riforme succedutesi in tema di prescrizione, le quali hanno iniziato a far emergere come accanto ad esigenze di diritto penale sostanziale, la prescrizione avesse assunto anche il compito di soddisfare esigenze di diritto processuale penale, come l'assicurare la durata ragionevole del processo. Queste due funzioni della prescrizione trovano il culmine con la l. 27.9.2021 n. 134 che introduce l'istituto della improcedibilità di cui all'art. 344-bis c.p.p. Quest'ultima norma lascia, tuttavia, emergere una serie di spunti di riflessione ed altrettanti punti di frizione con i principi costituzionali. Frizioni che non sarebbero nemmeno superate dal d.d.l. S. 985 che, pur tornando parzialmente a far decorrere la prescrizione dal *tempus commissi delicti*, rischia di non soddisfare totalmente le esigenze legate al rispetto dell'art. 111 Cost., sotto il profilo della durata ragionevole dei processi.

Abstract [En]: The Author provides a critical analysis of the reforms that have succeeded one another on the matter of statute of limitations. These revealed how, alongside substantive criminal law demands, the statute of limitations had also assumed the task of fulfilling criminal procedural law requirements, such as ensuring the reasonable duration of the trial. Such two functions culminated with the Law No. 134 of 27 september 2021, which introduced the improcedibility under Article 344-bis of the Italian Code of Criminal Procedure. This last norm leaves, however, a number of issues to be considered and many frictions with constitutional principles. Problems that would not even be overcome by the d.d.l. S. 985 which, although partially returning to make the statute of limitations run from the *tempus commissi delicti*, risks not entirely satisfying the requirements related to Article 111 of the Italian Constitution, from the point of view of the reasonable duration of trials.

SOMMARIO: 1 Premessa. – 2. Lo statuto costituzionale della prescrizione. – 3. Strabismo legislativo fra garantismo partigiano e populismo giustizialista. – 4. La legge Cirielli. – 5. La legge Orlando. – 6. La riforma Bonafede. – 7. La riforma Cartabia. – 8. L'art. 344 bis c.p.p. e le criticità costituzionali. – 9. La natura giuridica dell'art. 344 bis Cpp e le conseguenze di diritto intertemporale. – 10. Conclusioni.

1. Premessa.



Il tempo è sempre stato oggetto di attenzioni da parte del diritto penale¹ e lo dovrebbe essere da parte di una buona politica criminale, rispettosa al contempo delle esigenze di efficienza della macchina giudiziaria e di garanzia dell'individuo. Non è sempre accaduto questo nella vicenda riguardante la prescrizione e le sue evoluzioni (*rectius* involuzioni).

Ad esempio, pur se fortemente criticata, la Legge Cirielli (L. 5 dicembre 2005 n. 251) costituisce ancora l'ossatura portante della prescrizione, sotto il profilo del calcolo dei tempi di prescrizione e del tempo massimo in caso di intervento di cause interruttive.

Il blocco della prescrizione, ad opera della riforma Bonafede (L. 9 gennaio 2019, n. 3), aspramente criticato, continua ad essere un modello, seppur con qualche correzione additiva, di gestione processuale del tempo.

Una parte della dottrina evidenzia come ci si trovi di fronte ad un sistema di norme meta-ordinamentali², non necessariamente tutte incostituzionali, ma quantomeno poco confacenti ad uno Stato di diritto.

La prescrizione ha assunto nel corso degli anni una funzione non propria: quella di rendere parzialmente flessibile o discrezionale l'azione penale (formalmente obbligatoria) e di assicurare la ragionevole durata dei processi³. In queste condizioni la prescrizione è un meccanismo usato per "decongestionare le arterie" della malandata giustizia penale⁴ e per garantire il rispetto di principi come la sussidiarietà e l'*extrema ratio*⁵.

1 L. SIRACUSA, *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, Giappichelli, Torino 2022; A. AIMI, *Le fattispecie di durata Contributo alla teoria dell'unità o pluralità di reato*, Giappichelli, Torino 2020; D. FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Giappichelli, Torino 2011, 26, 47, 48; G. DE SANTIS, *Gli effetti del tempo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Giuffrè, Milano 2006, 11, 365, 369; F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino 2003.

2 G. BALBI, *Il decorso del tempo tra prescrizione e improcedibilità*, in *Legisl. Pen.*, 2022, 5 ss.

3 M. DONINI, *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Giuffrè, Milano 2023, 10 ss.; F. GIUNTA, *La prescrizione del reato: ossia la causa estintiva che visse due volte*, in *www.discrimen.it*. 31.10.2018; L. SIRACUSA, *Oblio e memoria*, cit., 108 ss. e bibliografia richiamata in nota 221. Per alcuni non è ravvisabile un fondamento sicuro se non in ragioni di opportunità, v. C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, PG, Giuffrè, Milano 2013, 642. La prescrizione è divenuta una sorta di "ammortizzatore sociale" della giustizia italiana. Quest'ultima è caratterizzata da ipertrofia per la presenza di un'azione penale obbligatoria e con la legge di amnistia che è diventata difficilmente approvabile per la maggioranza richiesta dall'art. 79 Cost. così come modificato nel 1992. V. MONGILLO, *Il doppio volto della prescrizione penale*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., 309; C. PIERGALLINI, *"Il penale" senza "diritto"*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M.M. SCOLETTA, F. CONSULICH, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, Milano 2022, 709 ss.; L. SIRACUSA, *L'accanimento terapeutico del legislatore nei confronti della prescrizione del reato: istanze teoriche e risvolti pratici*, in *Legisl. Pen.*, 2024, 14.

4 F. C. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, 57; A. CAVALIERE, *Le nuove norme emergenziali in tema di prescrizione*, in *Legisl. Pen.*, 2017, 10 ss.

5 A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1497 ss.

Da garanzia dell'individuo, così pensata nell'illuminismo, è divenuta garanzia della tenuta del sistema processuale. La prescrizione si è però attirata sempre tante critiche perché consentirebbe di aggirare l'obbligatorietà dell'azione penale, non permetterebbe di giungere ad una sentenza di merito⁶, favorendo la percezione della prassi della misura cautelare come unica e vera sanzione penale⁷ e la giustizia mediatica, quando a cadere sotto i colpi della prescrizione siano reati dei colletti bianchi⁸.

2. Lo statuto costituzionale della prescrizione.

La prescrizione è un dato costante all'interno delle codificazioni⁹, anche il diritto europeo (da intendersi qui come diritto dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti umani) riconosce la legittimità della prescrizione¹⁰.

Il pensiero illuminista la giustificava ricollegandola alla ratio della legalità penale, cioè sottrarre all'arbitrio del potere esecutivo non solo i casi e i modi del punire (artt. 13 e 25 Cost.), ma anche i tempi dell'accertamento del reato, perché il passare del tempo affievolisce infatti il bisogno di pena e l'allarme sociale prodotto dal reato¹¹.

Il passare del tempo rende inoltre difficile esercitare il diritto di difesa (perché dopo un certo tempo i ricordi si affievoliscono, i documenti vengono distrutti)¹², infine, un'azione penale imperitura e/o un processo eterno contrasterebbero inoltre col giusto processo e con la durata ragionevole¹³.

Alcune di queste spiegazioni possono anche essere superate. Per alcuni reati la prescrizione infatti non opera – si pensi a quelli puniti con la pena dell'ergastolo o a quelli di criminalità organizzata in cui decorre *ex novo* ad ogni atto interruttivo. Si tratta di fatti che per la loro gravità non vi è un tempo ritenuto tale da far scemare il ricordo del reato ed il suo allarme

6 O MAZZA, *L'enigma della prescrizione, fra improcedibilità e nuove proposte di riforma*, in www.sistemapenale.it, 16.5.2023.

7 R. ZAFFARONI, *Espansione del diritto penale e diritti umani*, in *Dir PenCont.*, 2019, 117.

8 V. MANES, *Giustizia mediatica*, Il Mulino, Bologna 2022.

9 Per un approfondimento anche storico dell'istituto, v. A. PECCIOLI, *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Giappichelli, Torino 2019, 18 ss.; L. SIRACUSA, *op. cit.*, 22 ss.

10 G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano 2011.

11 A. PECCIOLI, *La prescrizione del reato*, cit., 13 ss.; M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico al Codice penale*, III, Giuffrè, Milano 2011, 63.

12 A. CAVALIERE, *Le nuove disposizioni "emergenziali"*, cit.; G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, Società Tipografica de' Classici Italiani, Milano, 1817, III, 256.

13 F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir PenCont* 2013, 26; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 2019, 97 ss.

sociale¹⁴. Il bisogno di pena, per certe categorie di reati (*rectius* di autori), non trova attenuazione.

Le esigenze legate al diritto di difesa dovrebbero essere accertate caso per caso, ma, incombendo l'onere probatorio sul PM, il passare del tempo renderebbe più complessa la sua attività di indagine, di modo che la stessa obbligatorietà dell'azione penale (art.112 Cost.) troverebbe un limite nel tempo dell'oblio.

Evitare una persecuzione perpetua è invece una finalità che giustifica la prescrizione, ma non è esclusivamente ricavabile dall'art. 111 Cost.

Nella dottrina moderna si giustifica la prescrizione in quanto funzionale ad alcuni scopi della pena. In primo luogo la disciplina della prescrizione, già quella del codice Rocco, costituiva un esempio del superamento della visione retributiva della pena¹⁵ in favore di una visione della stessa in chiave utilitaristica¹⁶. La prescrizione non è però giustificabile con la prevenzione generale negativa, in quanto la coazione psicologica, derivante dalla minaccia della pena, sarebbe paradossalmente rafforzata se questa fosse applicata inesorabilmente anche a distanza di molti anni dal fatto.

Può giustificare e legittimare la prescrizione la prevenzione generale positiva, come orientamento culturale, in quanto crea la fiducia nell'ordinamento che, dopo un certo tempo, nessuno può essere sottoposto ad un procedimento penale, risolvendosi lo stesso procedimento in una pena¹⁷. Il che collega la general prevenzione anche con l'art. 3, co. 2, che obbliga lo Stato a rimuovere gli ostacoli al libero sviluppo della persona umana e un fatto di reato imprescrittibile costituirebbe un ostacolo allo sviluppo della persona umana sempre esposto altrimenti alla spada di Damocle. Se così è, non è peregrina la prospettazione della incostituzionalità per tutti quei reati qualificati come imprescrittibili¹⁸.

14 Soluzione ritenuta incostituzionale da chi ritiene il fondamento costituzionale della disciplina negli artt. 27, commi 1 e 3 e 111 Cost., v. O. MAZZA, *L'enigma*, cit., 7.

15 Posizione diversa espressa da L. SIRACUSA, *op. cit.*, 106, secondo cui "si può ... affermare che la prescrizione partecipi anche dell'aspetto retributivo della sanzione criminale, ove questo venga inteso come vincolo di necessaria proporzione della sanzione rispetto al fatto, interno alla stessa funzione di prevenzione generale. Il fattore cronologico rappresenterebbe, cioè, uno degli elementi su cui viene a basarsi la valutazione di adeguatezza (proporzionalità) in concreto della pena astrattamente minacciata rispetto al fatto storico". La tesi, seppur ben argomentata, sembra che aggiunga al necessario rapporto fra reato e pena, tipico della retribuzione, quello della proporzionalità o proporzione che acquisterebbe un valore decisivo nell'argomentare tale tesi. Si deve rilevare però che la proporzione nella retribuzione è parametrata rispetto al fatto, inteso come danno sociale, ed alla colpevolezza, non a requisiti diversi ed ulteriori rispetto al reato. L'idea di proporzione, come elemento della retribuzione, diverso dal rapporto fatto sanzione, è un requisito che non appartiene a questa finalità della pena.

16 V. MONGILLO, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neo-punitivismo*, in *Giur. it.*, 2020, 996 ss.; D. MICHELETTI, *Il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione penale*, in *www.discrimen.it*, 4.7.2020, p. 4 ss.

17 F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Società editrice Temi, Roma, 1947; D. Martire, *La prescrizione "costituzionale" del reato tra finalità rieducativa della pena e principio di legalità*, in *Arch. Pen.*, 2021, 9 ss.

18 O. MAZZA, *L'enigma*, cit., 8.

Alcuni autori giustificano la prescrizione richiamandosi alla prevenzione speciale, perché applicare la pena ad un autore a molti anni di distanza dal fatto di reato vanificherebbe le possibilità di rieducazione e si punirebbe un soggetto diverso dal reo¹⁹. Quest'ultima soluzione però è stata criticata²⁰, sostenendo che il giudice dovrebbe, *case by case*, valutare se il potenziale soggetto passivo della sanzione sia una persona diversa da quella che ha commesso il reato. "Se davvero si desse per buona la prospettiva che il passaggio del tempo sia in grado da solo di realizzare in tutti i casi l'istanza risocializzante propria della sanzione penale, ci si potrebbe spingere ben oltre la legittimazione di meccanismi temporali di remissione sanzionatoria sino al paradosso di avvalorare prospettive di stampo integralmente abolizionista che affidino al mero trascorrere naturale del tempo, piuttosto che alla pena, il compito tanto di risolvere i conflitti generati dal crimine, quanto di ottenere l'emenda morale del reo"²¹.

Seppur con diversità di argomenti, le diverse posizioni analizzate concordano nel ritenere che la prescrizione è necessaria in un sistema penale costituzionalmente orientato, a patto però che non renda il sistema penale arbitrario e ingiustificatamente selettivo²².

3. Strabismo legislativo fra garantismo partigiano e populismo giustizialista.

In Italia nel corso degli anni la gestione dei tempi dell'oblio ha contribuito purtroppo a creare un sistema ingiustificatamente selettivo²³.

Vi sono state, da una parte, riforme volte a comprimere, ridurre, contrarre i tempi di prescrizione in nome di un garantismo partigiano²⁴. La già richiamata riforma Cirielli ha contribuito a rendere vana la minaccia di pena per molte contravvenzioni (ma anche alcune tipologie di delitto), alcune a tutela di beni importanti come l'urbanistica e l'ambiente.

19 L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 661 ss., ID., *L'imputato ai tempi del Coronavirus*, in www.penedp.it, 16.4.2020; ma già, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, cap. 30; O. MAZZA, *L'enigma*, cit., 8; N. Pisani, *Riflessioni sul rapporto fra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in www.discrimen.it, 4.7.2020, 3; R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 900 ss.; A. CAVALIERE, *Considerazioni a prima lettura*, cit., 29 – 30.

20 V. MONGILLO, *Il doppio volto della prescrizione penale*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., 303 ss.; L. SIRACUSA, *op. cit.*, 57 ss. Secondo cui "si può certo presumere che quanto più la reazione sanzionatoria sia vicina al fatto, tanto più aumenti la sua capacità di bloccare sul nascere la futura carriera criminale del reo e di contenere il rischio di una recidiva futura. Tuttavia, la pena conserva la sua efficacia neutralizzante o incapacitante anche se applicata a distanza di tempo dal fatto. Né sembra che il tempo ne scalfisca l'efficacia in termini di deterrenza speciale. Una pena applicata molto tempo dopo la commissione del reato può in effetti intimorire al pari di una pena che giunga immediatamente (...)"

21 L. SIRACUSA, *op. cit.*, 59.

22 C. cost., 2.6.1983 n. 148; C. cost., 18.11.2020 n. 278, reperibili entrambe in www.giurcost.org; P. CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in *DPenCont* 2020, 68 ss.; S. ROMANO, *La rinuncia alla sanzione penale. Contributo ad un'indagine costituzionalmente orientata*, ESI, Napoli 2020.

23 G. GIOSTRA, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, in www.sistemapenale.it, 13.1.2020.

24 V. ROPPO, *Garantismo. I nemici, i falsi amici, le avventure*, Baldini – Castoldi, Milano 2022, cap. VI e VII.



Vi sono state dall'altra parte riforme espressione del populismo giustizialista²⁵ volte ad allungare i tempi della giustizia penale, si pensi alla (moderata) riforma Orlando ma soprattutto alla riforma Bonafede.

V'è da aggiungere che spesso il legislatore non ha colto le problematiche sottese alla gestione del tempo. Se si pone mente al processo Eternit, la prescrizione dei reati, pur non essendo dovuta alla diminuzione dei tempi di prescrizione dovuti alla riforma Cirielli, ha fatto emergere come di fronte a problemi delicati relativi anche alla gestione del tempo, il legislatore sia rimasto silente o il suo intervento influente. La l. 27 maggio 2015 n. 68 non risolve infatti le problematiche emerse nel processo Eternit che sono quelle dell'accertamento del *tempus commissi delicti* su cui non può influire il raddoppio dei termini di prescrizione²⁶. Non a caso, attenta dottrina evidenziava che l'ultima citata legge, raddoppiando i tempi di prescrizione per i reati ambientali introdotti nel Titolo VI bis del codice penale, presentava uno scopo chiaramente simbolico, cioè aumentare il lasso cronologico nel quale gli eco-delitti sono perseguibili evidenziando la loro peculiare gravità nonché evitare che l'estinzione del reato travolga processi annosi per la complessità dell'accertamento probatorio. Ma quanto alla ragione pratica di ovviare alla difficoltà processuale di individuare il *tempus commissi delicti* con riguardo a reati come l'inquinamento e il disastro ambientale, che comportano condotte seriali che si dipanano in tempi anche lunghissimi, rispetto alle quali risulta una probatio diabolica stabilire quando si collochi l'inizio della prima azione, si tratta di aspirazione peraltro del tutto velleitaria, dal momento che l'impossibilità di fissare il momento da cui far decorrere la prescrizione ovviamente vanifica l'allungamento della medesima²⁷.

Si tratta di riforme comunque miopi che non comprendono appieno la complessità del sistema giustizia, concentrandosi solo sulle impugnazioni e cioè sulla parte meno rilevante del problema se dalle statistiche emerge che una percentuale che varia dal 50 al 60 % delle prescrizioni matura nella fase delle indagini e prima della sentenza di I grado.

4. La Legge Cirielli.

Bisogna partire dalla Legge Cirielli perché, seppur in parte rimaneggiata, costituisce ancora oggi l'architettura portante dell'istituto.

25 E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino 2020, 56, 116; ID., *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in www.discrimen.it, 3.6.2019; M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in www.sistemapenale.it, 6.9.2020, 5 -7.

26 G. L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in *DPenCont* 2015, 77 ss.

27 L. CORNACCHIA, *Diritto penale dell'ambiente*, Zanichelli, Bologna, 2024, 123; G. STEA, *L'ultima prescrizione. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Cedam, Padova, 2020, 282 ss.

In primo luogo si sostituisce il sistema del codice Rocco, basato su archi temporali parametrati a una serie di cornici sanzionatorie delle fattispecie penali, con un sistema in cui il tempo di prescrizione è basato sul massimo edittale di ogni singola fattispecie penale.

Tale criterio è errato perché la prescrizione non ha molti elementi in comune con la singola comminatoria edittale, mentre la creazione di questo legame crea un effetto perverso e cioè quello per cui per incrementare il termine di prescrizione il legislatore dovrà intervenire con aumenti di pena. Il rischio, invero, è che si è agevolato il processo, già in atto, di far deflagrare la dosimetria sanzionatoria fra i reati²⁸.

Se questo non bastasse, si pensi che la Legge Cirielli ha poi differenziato i tempi massimi di prescrizione in base agli autori, disciplinando tempi diversi all'operare di cause di interruzione della prescrizione, attirandosi giustificate critiche per violazione degli artt. 3 e 25 Cost., perché non vi è alcun nesso fra i tempi dell'oblio e le tipologie di autore²⁹.

Una riforma che ha, in definitiva, innalzato i tempi per alcuni autori, riducendoli per molti altri, facendo sorgere il sospetto fondato che sia rivolta a criminalizzare i più vulnerabili, gli ultimi, i meno abbienti che non potranno permettersi di difendersi in tutti i gradi di giudizio. Si lasceranno impuniti gli autori di crimini che richiedono tempi di indagine molto lunghi ed accertamenti molto faticosi. Il prof. Marinucci criticava tale riforma perché da una parte minacciava l'applicazione della pena, dall'altra garantiva che la stessa non sarebbe stata eseguita per estinzione del reato³⁰.

Una riforma che è però stata recepita, gestita, metabolizzata dal sistema processuale. Non è "saltato il banco" della giustizia, anche con escamotage interpretativi³¹.

28 T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.

29 Tale nesso era evidenziato dalla scuola positiva, v. E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Utet, Torino 1928, 152; ma nel nostro sistema costituzionale non è ammissibile D. PULITANO, *Moralità della prescrizione per decorso del tempo*, in *www.discrimen.it*, 17.7.2018; G. BALBI, *op. cit.*, 9.

30 G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir.pen.proc.*, 2006, 170 ss.; ID., *La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale*, in *Corr. Mer.*, 2005, 185 ss. In effetti per alcune tipologie delittuose, alcune con collegamento col diritto europeo, artt. 640 bis, 316 bis, 316 ter era difficile celebrare il processo in 7 anni e 6 mesi: G. SALCUNI, *L'europeizzazione*, cit., 362 ss.

31 Ad esempio, laddove l'impugnazione veniva dichiarata inammissibile, non facendo sorgere un valido rapporto processuale, non lasciava operare la prescrizione pur maturata. Laddove si sposta in avanti il tempo di prescrizione nei delitti a duplice schema o nel riconoscimento della natura permanente del reato (A. AIMI, *Le fattispecie di durata*, cit, 202; D. FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo*, cit., 48). Meccanismi ripresi dalla riforma Cartabia o adattati dalla giurisprudenza sulle nuove norme introdotte nel 2021, come ad esempio la non operatività dell'art. 344 bis Cpp se l'impugnazione è inammissibile (Cass. 19.11.2021 n. n. 43883, in *CEDCass*, m. 283043 – 01), il che si associa a limiti sempre più stringenti nel proporre l'impugnazione, come la specificità dei motivi, prima enucleata dalle SU sull'art. 581, poi divenuta legge con l'art. 581 co. 1 bis Cpp, per non parlare degli oneri a carico della difesa per proporre le impugnazioni (commi 1 ter e 1 quater dell'art. 581 Cpp) (G. SPANGHER, *L'appello secondo Cartabia*, in *www.penaledp.it*, 6.4.2023.), nonché incentivi, in termini di riduzione di pena, per colui che rinunci all'impugnazione, per ora solo per coloro che hanno richiesto ed ottenuto il rito abbreviato (art. 422 co. 2 bis Cpp).

5. La Legge Orlando.

La L. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), anziché superare le criticità della Legge Cirielli, abrogando e ri-novellando la materia, interviene aggiungendo alcune cause di sospensione della prescrizione nei giudizi di impugnazione. Si è trattato di un intervento di microchirurgia sulla prescrizione introducendo una causa di sospensione di 1 anno e 6 mesi per l'appello e una di pari durata per la Cassazione (art. 159 commi 2 e 3).

La riforma Orlando si spiega a seguito della vicenda Taricco³², in questo modo, per una serie di reati con elementi di collegamento con l'UE, il termine di prescrizione di 7 anni e mezzo si sarebbe allungato – ad opera di queste ipotesi di sospensione – fino a 10 anni e 6 mesi³³.

Questa forse è la ragione per cui non si è modificata tutta la disciplina sulla prescrizione, ma ci si è limitati frettolosamente a fornire una risposta immediata ad una emergenza³⁴, cioè il potenziale contrasto degli artt. 160 e 161 c.p. con l'art. 325 TFUE.

La riforma Orlando lascia emergere più chiaramente un diverso modo di intendere la disciplina della prescrizione, cioè la presenza di elementi di collegamento col processo penale, data appunto la natura processuale di queste cause di sospensione. Il co. 15 dell'art. 1 della l. 103 del 2017 stabiliva che le nuove cause di sospensione si applicavano ai fatti commessi sotto la vigenza della nuova legge, ma tale affermazione risultava banale data la ritenuta natura sostanziale della prescrizione. La dottrina si interrogava, infatti, sul «perché il legislatore» avesse «avvertito la necessità di codificare una norma di diritto intertemporale contenente criteri già perfettamente enucleabili *aliunde* (e addirittura in parte desumibili dalla Costituzione)»³⁵. Il fatto stesso che sia stata «approntata una normativa ad hoc per la successione di norme in tema di prescrizione dimostra, *ex adverso*, che questo istituto non poteva essere riportato entro la cornice di quelli rispetto ai quali valgono le regole dell'art. 2, ossia quelli di diritto sostanziale»³⁶, tanto è vero che il co. 15 citato parrebbe precludere l'operatività della retroattività della *lex mitior*³⁷.

32 M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitive" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 3.4.2018, 20.

33 Previsione temporale però non in linea con la durata ragionevole rinvenuta in 8 anni e 6 mesi, per i casi complessi, dall'*European Commission For The Efficiency Of Justice* (CEPEJ), *Length of court proceedings in the member states of the Council of Europe based on the case law of the European Court of Human Rights*, 2018, p. 75-76. Sul punto, si veda O. MAZZA, *L'enigma*, cit., 7.

34 A. CAVALIERE, *Le nuove disposizioni "emergenziali"*, cit., 1 ss.; A. PECCIOLI, *La prescrizione*, cit., 108 ss.; F. VIGANÒ, *La nuova disciplina della prescrizione del reato: la montagna partorisce un topolino?*, in *Dir.pen.proc.*, 2017, 1289 ss.; D. BIANCHI, *La riforma Orlando. La prescrizione riformata. Cenni di processualizzazione e modifiche settoriali*, in *Giur.it.*, 2017, 2225 ss.

35 M. MANTOVANI, *La prescrizione della pena*, Giappichelli, Torino, 2008, 123.

36 M. MANTOVANI, *La prescrizione della pena*, cit., 124.

37 S. ZIRULIA, *Riforma Orlando: la nuova prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *DPenCont* 2017, 266 ss.

Per la riforma Orlando le nuove cause di sospensione seguono dunque solo parzialmente la disciplina temporale del diritto penale sostanziale, stabilendo la loro non retroattività³⁸.

Si tratterebbe - secondo una parte della dottrina - di una visione distonica rispetto alle funzioni della pena che segnerebbe il passaggio da una visione individual-garantista della prescrizione ad una processual-efficientista³⁹ culminata ed accentuata con la riforma Cartabia. La riforma Orlando contrasterebbe poi col principio di presunzione di innocenza (art. 27 co. 2) essendo previste cause di sospensione con effetti negativi sulla posizione processuale di soggetti, non ancora giudicati con sentenza definitiva, che sono comunque da considerarsi presunti innocenti⁴⁰.

La critica prova troppo perché il terzo comma all'art. 159 c.p. prevedeva che se l'imputato, condannato in primo o in secondo grado, fosse stato proscioltto nel successivo grado di giudizio, il periodo di sospensione sarebbe stato "recuperato", dunque nuovamente computato. È l'effetto ultimo che deve essere preso in esame, non le fasi intermedie. Ragionando diversamente tutte le ipotesi di sospensione sarebbero in contrasto con l'art. 27 co. 2.

Questo regime di sospensione del tempo ad intermittenza, rischia di creare una disciplina farraginoso contraria alla certezza del diritto ed alla prevedibilità delle conseguenze.

La soluzione proposta dalla riforma Orlando non è totalmente negativa, cioè prevedere cause di sospensione della prescrizione operanti nelle fasi delicate del processo penale potrebbe essere una soluzione su cui riflettere. La riforma Orlando è però stata frettolosa ed ha accomunato, ad esempio, la causa di sospensione della prescrizione per l'impugnazione di merito a quella di legittimità, pur avendo le Corti di Appello e la Corte di Cassazione tempistiche diverse nella gestione processuale delle impugnazioni.

Manca, ad oggi, una proposta di riforma che preveda di disciplinare una causa di sospensione della prescrizione operante subito, in fase di indagini. Una soluzione che contribuirebbe, certamente non a risolvere, ma a ridurre la percentuale (oscillante fra il 50 e il 60 %) di procedimenti che si prescrivono in fase di indagini o per colpa di indagini lunghe.

6. La riforma Bonafede.

La riforma Orlando aumenta *de facto* i tempi di prescrizione, pur non intervenendo sull'art. 157 c.p., così pure la l. 3 del 2019, perché dal 1° gennaio 2020 e per i fatti commessi dopo tale data la prescrizione si sospende (ma più correttamente cessa di esistere) dopo la sentenza di I

38 Posizione diversa espressa da O. Mazza, *Postilla di diritto intertemporale*, in *Arch.pen.*, 2020, 3.; ID., *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in *Arch.pen.*, 2020, 3 ss.

39 R. BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in *www.sistemapenale.it*, 7.4.2020, 65 ss.

40 A. CAVALIERE, *Le nuove disposizioni "emergenziali"*, cit., 10 ss.

grado⁴¹. La riforma Bonafede, abrogando le citate cause di sospensione della prescrizione introdotte dalla riforma Orlando e non prevedendo una disciplina transitoria, sembrerebbe considerare le ipotesi di sospensione della prescrizione di natura processuale⁴².

A prescindere dall'imprecisione di qualificare come sospensione qualcosa che è invece una interruzione definitiva della prescrizione⁴³, il legislatore si concentra nuovamente su di un fenomeno secondario della gestione del tempo, cioè le prescrizioni in sede di impugnazione, quando, invece, la maggior parte delle prescrizioni (oscillante fra il 50 e il 60 %) riguarda le estinzioni del reato in I grado. È dunque una priorità intervenire in fase di indagini, sospendere il tempo prima del processo, mentre a processo avviato questo deve avere una durata ragionevole e possibilmente senza intoppi.

La riforma Bonafede è da criticare sotto più punti di vista. Si accomunano, bloccando la prescrizione per tutti, le posizioni processuali dei condannati e degli assolti⁴⁴. Certamente l'art. 27 co. 2 della Cost. vale per tutti gli imputati, ma il diritto all'oblio è maggiormente meritevole di tutela nei confronti dell'imputato assolto, in quanto il condannato, impugnando, attiva lui stesso un meccanismo (certamente legittimo) che allunga i tempi del processo⁴⁵. «Per tutte queste ragioni, sarebbe stato certo più provveduto limitare il blocco della prescrizione alle sole sentenze di condanna in primo grado o posizione di un gravame da parte dell'imputato (già) condannato. Inoltre, nel regime Bonafede il mancato recupero del tempo sottratto al decorso

41 In critica dell'art. 159 novellato, v. D. PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26.2.2020; O. MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 21.1.2020; G.L. GATTA, G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in www.sistemapenale.it, 11.2.2020.

42 P. FERRUA, *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Dir.pen.proc.*, 2020, 5 ss.; G. SPANGHER, *La riforma Bonafede del processo penale*, in *Dir.pen.proc.*, 2020, 589 ss.

43 G. LOSAPPIO, *La riforma della prescrizione nel tempo della passione (triste) per la punizione*, in www.sistemapenale.it, 23.12.2019; ID, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. tempus fu(g)it.*, in *DPenCont* 2019, 5 ss.; A. DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in *Arch.pen.*, 2019, 5 ss.; A. CAVALIERE, *Le norme 'spazzaprescrizione' nella legge 3/2019*, in *Legisl. Pen.*, 2020, 4 ss.

44 M.L. FERRANTE, *La cessazione della decorrenza della prescrizione introdotta dalla l. 3 del 2019 (cosiddetta legge spazzacorrotti)*, in www.Dirittifondamentali.it, 1, 2020, 20.3.2020, p. 6 ss.

45 R. BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione*, cit., 65 ss.; F. GIUNTA, *La prescrizione. Ultimo atto?*, in www.discrimen.it, 31.1.2020; G. LOSAPPIO, *La riforma della prescrizione nel tempo della passione (triste) per la punizione*, in www.sistemapenale.it, 23.12.2019; V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2019, 557 ss.; S. MOCCIA, *Prescrizione, Bonafede gioca con i diritti*, in *il Manifesto*, 24.11.2019; F. MORELLI, *La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2019, 1599; N. PISANI, *Riflessioni sul rapporto tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in www.discrimen.it, 4.7.2020; D. PULITANÒ, *La giustizia penale e il tempo*, in www.sistemapenale.it, 2.12.2019, 16 ss.

della causa estintiva, in caso di annullamento della condanna emessa in primo grado, si traduceva in un ingiusto sacrificio delle garanzie sostanziali dell'imputato»⁴⁶.

Si creano le condizioni per processi lunghi in violazione dell'art. 111 Cost. Suspendendo la prescrizione per tutti i reati, anche per quelli bagatellari, si viola il principio di ragionevolezza/uguaglianza equiparando situazioni diverse⁴⁷. Lo stesso può dirsi per l'equiparazione fra sentenze di assoluzione e sentenze di condanna, le quali portano allo stesso risultato e cioè l'interruzione definitiva della prescrizione⁴⁸, equiparando posizioni processuali diverse.

Ma la riforma contrasta anche con le ragioni sostanziali della prescrizione. Se il tempo influisce sulla potestà punitiva dello Stato, perché attenua il bisogno di pena, per quali ragioni questo deve valere fino alla sentenza di I grado e non oltre, sebbene a seguito di impugnazioni, il tempo continui a scorrere indebolendo così ancor di più le ragioni del punire⁴⁹. L'imprescrittibilità sopravvenuta non può che andare in conflitto con importanti valori costituzionali (ex artt. 3 co. 2, 111 co. 2)⁵⁰.

L'art. 159 c.p., dopo la l. n. 3 del 2019, presenta ulteriori profili di illegittimità per contrasto con l'art. 3 Cost. perché è una causa sospensiva disomogenea rispetto a tutte le altre cause di sospensione. Si parificano inoltre reati dal disvalore del tutto eterogeneo⁵¹, dando vita a forme incostituzionali⁵² di giudicabilità *sine die*⁵³, con effetti criminogeni⁵⁴. Infatti, ingolfando la macchina della giustizia penale, costretta a muoversi con lo stesso "ardore" e lo stesso "zelo" sia per un efferato delitto sia per una contravvenzione, rallenterà ulteriormente i tempi della

46 V. MONGILLO, *Il doppio volto della prescrizione*, cit., 320 – 321.

47 D. PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione*, cit., 10; G. BALBI, *Tempi strani. Rilievi critici sulla disciplina della prescrizione*, in *arch. Pen.*, 2021, 8.

48 G. SPANGHER, *Prescrizione: una proposta logico-sistematica per l'(eventuale) entrata in vigore della riforma*, in *www.ilpenalista.it.*, 14.10.2019, 1; ID., *Un confronto senza pregiudizi sulla prescrizione*, in *Giur.it.*, 2020, 973.

49 R. BARTOLI, *Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare*, in *www.sistemapenale.it.*, 19.12.2019; 5; D. BIANCHI, *Le modifiche al codice penale immediatamente precettive: prescrizione del reato e sospensione condizionale*, in *Dir.pen.proc.*, 2021, 1470.

50 CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *www.penaedp.it.*, 2.11.2021, 32; ID., *Le norme 'spaz-zaprescrizione'*, cit., 11 ss.; A. MARANDOLA, *Prescrizione e processo: l'asistematicità dell'attuale disciplina*, in *Giur.it.*, 2020, 987v. F. MORELLI, *La prescrizione del reato*, cit., 1599 ss.

51 v. Corte cost. n. 45/2015, D. PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in *www.sistemapenale.it*, 19 febbraio 2020, p. 10

52 G. BALBI, *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, in A. CASTALDO, G.V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Jovene, Napoli 2013, p. 392 ss.; A. CAVALIERE, *op. ult. cit.*, p. 10; G. FLORA, *La nuova riforma dei delitti di corruzione: verso la corruzione del sistema penale?*, in G. FLORA, A. MARANDOLA (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione*, Pacini, Pisa 2019, 14-15; M. GRIFFO, *Gli eterni ritorni del "progetto Bonafede" nel totale oblio della prescrizione processuale*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 3.5.2020

53 G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, Roma-Bari 2020, p. 81

54 Riprendendo qui alcune osservazioni in passato espresse da L. FERRARELLA, *Fine pena mai*, Il Saggiatore, Milano 2007, 27 ss.

giustizia, a tutto vantaggio dei colpevoli che vedranno eventualmente applicarsi la pena a molti anni dal fatto e a scapito degli innocenti che si vedranno assolti dopo un lungo calvario processuale. La dottrina ritiene che l'art. 159 contrasti con la presunzione di innocenza (art. 27, c. 2, Cost., art. 6 Cedu)⁵⁵, dal momento che si verrà a considerare l'imputato – anche se assolto in primo grado – come eterno giudicabile, assoggettato ad una pretesa punitiva senza la previsione di termini temporali⁵⁶. La sospensione della prescrizione non deve mai sottendere istanze punitive né tantomeno essere finalizzata ad un prolungamento (anche all'infinito) generalizzato per alcune categorie di reati e di autori ma deve essere prevista al solo fine di giungere alla definizione del processo. Se avesse finalità tipicamente punitive contrasterebbe, pertanto, con la sua peculiare natura, quale conseguenza indiretta della sospensione del procedimento. La sospensione del corso della prescrizione senza la previsione di alcun limite di ordine temporale contrasta con il principio personalistico della certezza della durata processuale ma anche con le esigenze componenti giustificatrici a base della prescrizione⁵⁷.

Non sono mancate voci autorevoli che, per superare le problematiche (insolubili) del novellato art. 159 c.p., ne consigliavano l'abrogazione⁵⁸.

7. La riforma Cartabia.

Le critiche a cui si esponeva la riforma Bonafede⁵⁹, in particolare il rischio di aumento dei tempi del processo, hanno determinato l'intervento della l. 27 settembre 2021, n. 134 (c.d. riforma Cartabia) in punto di prescrizione⁶⁰. La riforma Cartabia è caratterizzata dalla politica criminale tracciata dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (da ora PNRR), cioè velocizzare la giustizia penale, anche attraverso istituti di deflazione penale e processuale, il cui raggiungimento passa attraverso la riduzione delle pendenze processuali⁶¹.

⁵⁵ Sul punto efficacemente v. V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2019, 557 ss.

⁵⁶ G.D. CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir.pen.proc.*, 2019, p. 589 ss.; A. De VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019, p. 947 ss.

⁵⁷ T. PADOVANI, *Fine processo mai*, in *www.ildubbio.it*.

⁵⁸ G. FIANDACA, *Abrogare la legge sulla prescrizione*, in *www.discrimen.it*, 10.1.2020. In senso contrario, non evidenziandone l'incostituzionalità, ma manifestando comunque i limiti della riforma Bonafede, v. P. BRONZO, *La prescrizione del reato sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *www.sistemapenale.it*, 29.7.2020.

⁵⁹ G. FIANDACA, *Abrogare la legge sulla prescrizione*, in *www.discrimen.it*, 10.1.2020, 1 ss.; S. MOCCIA, *Prescrizione, Bonafede gioca con i diritti*, in *www.discrimen.it*, 24.11.2019, 2 ss.; P. FERRUA, *La prescrizione del reato e l'insostenibile riforma 'Bonafede'*, in *Giur.it.*, 2020, 978 ss.; R. BARTOLI, *Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare*, cit., 1 ss.; A. PECCIOLI, *La prescrizione*, cit., 124 ss.; N. PISANI, *Riflessioni sul rapporto tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in *www.discrimen.it*, 4.7.2020, 5 ss.

⁶⁰ G. BALBI, *Il decorso*, cit., 19.

⁶¹ G. BALBI, *Il decorso*, cit., 19.

La riforma Cartabia ha migliorato tecnicamente la disciplina della prescrizione, spostando il comma 2 dell'art. 159 nel co. 4 dell'art. 161 bis, ma, in sostanza, la prescrizione sostanziale continua a non operare più dopo la sentenza di I grado⁶².

Altra importante differenza rispetto al passato è la possibilità di recuperare il tempo sospeso «nel caso di annullamento che comporti la regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore, la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronuncia definitiva di annullamento» (art. 161 bis). La riforma Cartabia colma una lacuna presente nella l. 3 del 2019⁶³, «relativa alla mancata considerazione degli effetti delle sentenze di annullamento delle decisioni di primo grado e della ... regressione ad un momento antecedente alla sospensione», con conseguente necessità di riconsiderare i termini di prescrizione. Resta da stabilire se sia corretta la soluzione che l'art. 161 bis detta in punto di individuazione del dies a quo da cui calcolare il decorrere nuovamente della prescrizione. Ai sensi del nuovo art. 161 bis, la sentenza annullata produce un effetto sospensivo dei termini prescrizionali che si perpetua fino al giorno dell'annullamento, perché solo a partire da quest'ultimo la prescrizione ricomincerà a decorrere⁶⁴. Soluzione criticata⁶⁵ perché una sentenza annullata dovrebbe non produrre effetti *ex nunc* ma *ex tunc*, con un chiaro deficit di ragionevolezza⁶⁶. Di modo che il periodo intercorso tra la sentenza annullata e quella di annullamento avrebbe dovuto essere recuperato, evidentemente *ex post*, computandolo all'interno del decorso del tempo di prescrizione.

In realtà, la riforma Cartabia se, da una parte, concede qualcosa al populismo giustizialista che vede nell'abolizione della prescrizione una battaglia identitaria mantenendo la cessazione della prescrizione dopo il I grado; dall'altra riprende però in considerazione il tempo non più sotto il profilo sostanziale, ma sotto quello – almeno formalmente o apparentemente – processuale, con l'introduzione dell'art. 344 bis c.p.p. che, con una collocazione sistematica strana⁶⁷, prevede l'improcedibilità dell'azione penale allo spirare di alcune soglie temporali⁶⁸.

62 Nell'art. 161 bis non v'è più alcun riferimento al decreto penale di condanna – che l'abrogato secondo comma dell'art. 159 prevedeva invece come ulteriore causa di “sospensione perpetua” della prescrizione –, riconducendolo alle ipotesi di cui all'art. 160 co. 1 Cp, e dunque all'ambito delle cause interruttive. Soluzione, direi, assolutamente corretta, soprattutto in ragione dell'assenza di contraddittorio che ne caratterizza l'emissione. D. BIANCHI, *Le modifiche al codice penale immediatamente precettive*, cit., 1471.

63 G. SPANGHER, *Un confronto senza pregiudizi*, cit., 973.

64 G. SPANGHER, *Un confronto senza pregiudizi*, cit., 973; N. TRIGGIANI, *Le nullità*, in AA. VV., *Manuale di Diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino 2023, 236.

65 G. BALBI, *Il decorso*, cit., 25.

66 G. BALBI, *Il decorso*, cit., 26.

67 S. BELTRANI, *L'ambito applicativo della “nuova” causa di improcedibilità del “giudizio” di cassazione*, in *Cass.pen.*, 2022, 2085.

68 G. SPANGHER, *La riforma Cartabia nel labirinto della politica*, in *Dir.pen.proc.*, 2021, 1155; posizione contraria O. MAZZA, *L'enigma*, cit., 9.

L'art. 344 bis è relativo ai soli procedimenti di impugnazione aventi ad oggetto reati commessi a partire dal 1.1.2020⁶⁹, non viene posto alcun limite temporale tra l'esercizio dell'azione penale e la definizione del giudizio di primo grado, mentre si abbreviano i termini "successivi". La causa di improcedibilità opera, infatti, se sono vanamente trascorsi due anni dall'impugnazione, oppure un anno, senza che siano stati definiti, rispettivamente, il giudizio di appello e quello di Cassazione. Si tratta, tuttavia, di termini tutt'altro che rigidi, essendo prevista la possibilità di tutta una serie di proroghe. I termini vengono sospesi nelle ipotesi di cui al primo comma dell'articolo 159 c.p., e dunque nelle stesse ipotesi per le quali è prevista la sospensione della prescrizione.

Ai sensi del co. 7 dell'art. 344 bis c.p.p., la declaratoria di improcedibilità non ha luogo quando l'imputato chiede la prosecuzione del processo. Ai sensi del co. 9, la causa di improcedibilità non opera nei procedimenti per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti.

8. L'art. 344 bis c.p.p. e le criticità costituzionali.

L'introduzione dell'istituto dell'improcedibilità è spiegata nel senso di garantire la ragionevole durata del processo. Presenta dunque una chiara base costituzionale negli artt. 111, 117 Cost. e 6.1 CEDU⁷⁰.

Giusto processo e ragionevole durata possono essere concetti anche antitetici e nel caso di contrasto dovrebbe prevalere il primo⁷¹. La potenziale antinomia assiologica si supera quando il processo «perviene al suo epilogo fisiologico nel tempo necessario», non quando non arriva a nessun risultato nel minor tempo possibile⁷².

69 Art. 2, co. 3, l. 134/2021.

70 La ragionevole durata è però concetto indeterminato e ambiguo (P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.*, 2017, 1.), tant'è che per alcuni l'art. 344 bis è accostabile all'istituto americano dello Speedy trial (M.L. DI BITONTO, *I termini delle indagini preliminari*, in *Giur.it.*, 2022, 1010. Cfr. anche ID., *Osservazioni "a caldo" sulla improcedibilità dell'azione disciplinata dall'art. 344-bis Cpp*, in *Cass.pen.*, 2021, 3852 ss.; V. FANCHIOTTI, *The right to a speedy trial nell'esperienza nordamericana*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie e efficienza della giustizia penale*, Giappichelli, Torino 2005, 2 ss.; V. MONGILLO, *Il doppio volto*, cit., 317 ss.), mentre per altri questo accostamento non sarebbe possibile perché il citato istituto giuridico opera senza automatismi e con valutazioni *case by case*, cioè con un'attenta analisi dei motivi del ritardo, del pregiudizio arrecato dal ritardo, nonché di un'accurata valutazione di tutti gli interessi in gioco (G. BALBI, *Il decorso*, cit., 27 che cita U.S. Supreme Court, *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), www.supreme.justia.com/cases/federal/us/407/514/).

71 G. BALBI, *Il decorso*, cit., 27.

72 G. GIOSTRA, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, in www.sistemapenale.it, 13.1.2020; F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda*, cit., 33.

L'improcedibilità, risolvendosi in un nulla di fatto (*id est: non liquet*) ma in tempi contenuti, è espressione delle esigenze deflative imposte dal PNRR⁷³, ma non presenta elementi di collegamento con l'art. 111 Cost.⁷⁴. L'impossibilità di collegare l'art. 344 bis c.p.p. all'art. 111 Cost. viene desunta dal fatto che la non procedibilità è "rinunciabile" dall'imputato (art. 344 bis co. 7).

Se davvero fosse il giusto processo (*sub specie* durata ragionevole) il valore costituzionale tutelato, questo non dovrebbe dipendere dalla volontà del singolo. Inoltre, il comma 9 dell'art. 344 bis esclude l'applicabilità dell'improcedibilità per i delitti puniti con l'ergastolo, ma il giusto processo è garanzia che non ammette eccezioni e vale per tutte le tipologie di reato e di autore⁷⁵. La conclusione, afferma una parte della dottrina⁷⁶, non è necessariamente l'incostituzionalità della norma, ma soltanto che, in caso di violazione di altre norme costituzionali, non possa operare alcun bilanciamento, non avendo l'improcedibilità una norma costituzionale di riferimento che la legittimi.

Un aspetto critico della disposizione è quello relativo alla disciplina delle proroghe che il giudice può disporre ai termini di durata massima delle impugnazioni⁷⁷. Il quarto comma della disposizione stabilisce, infatti, che se si tratta di un procedimento «*particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare*», il giudice che procede può prorogarli, con ordinanza motivata, per un periodo non superiore a un anno nel giudizio di appello e a sei mesi in quello di Cassazione⁷⁸.

Per alcuni tale norma appare poco opportuna, ma non illegittima per violazione del principio di tassatività, in quanto stabilisce i parametri a cui il giudice deve attenersi. Un aspetto di criticità costituzionale appare invece sorgere laddove a disporre la proroga sia il giudice di legittimità, perché quell'ordinanza non è altrimenti ricorribile e, dunque, resa in violazione dell'art. 24 della Cost⁷⁹.

73 G. BALBI, *Il decorso*, cit., 25; G. SPANGHER, *Improcedibilità ex 344-bis c.p.p. e adeguamenti normativi in tema di interessi civili e confisca*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia 2022. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa*, Pacini, Pisa 2022, 210 ss.

74 Per questa posizione invece G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it, 15.10.2021, 23.

75 P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in www.penaledp.it, 24.1.2022, 9; A. NAPPI, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in *Quest. giust.*, 9.12.2021.

76 G. BALBI, *Il decorso*, cit., 26.

77 P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 7; E. APRILE, *Brevi riflessioni sulla 'riforma Cartabia' in materia di prescrizione e di improcedibilità (legge 27 settembre 2021, n. 134)*, in www.giustiziainsieme.it, 11.10.2021; P. MOSCARINI, *L'istituto della prescrizione ed il "giusto processo"*, in *Dir.pen.proc.*, 2021, 1455.

78 E. APRILE, *Brevi riflessioni*, cit.

79 G. BALBI, *Il decorso*, cit., 31.

La soluzione preferibile, a nostro giudizio, è l'incostituzionalità *tout court* dell'art. 344-bis comma 4 c.p.p. perché il giudice della causa, cioè un soggetto interessato ad auto-concedersi la proroga⁸⁰, può disporre le suddette proroghe, con ordinanza motivata, sulla base di parametri assai elastici⁸¹, come la particolare complessità del giudizio in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare⁸².

Non è però soltanto la tassatività processuale ad essere messa in crisi, ma soprattutto la riserva di legge perché viene concesso al giudice il potere di esercitare una propria ed autonoma discrezionalità politico criminale su ciò che possa o meno estinguersi⁸³.

Il corso della prescrizione del processo è prorogato per effetto di scelte anche organizzative del giudice che procede. In tale caso, la sospensione del corso della prescrizione è dettata non *"dalla legge"*, ma *"in base alla legge"*, che rinvia a provvedimenti che non sono ancora esistenti (l'ordinanza motivata del giudice che procede) al momento dell'adozione della legge e sono adottabili dal giudicante nell'esercizio di un ampio potere discrezionale. Vero è che contro l'ordinanza motivata di proroga può essere proposto ricorso in Cassazione, ma gli stringenti limiti dell'art. 606 c.p.p. difficilmente renderanno sindacabili scelte ampiamente discrezionali e dovute all'organizzazione degli uffici giudiziari. La formulazione dell'art. 344, co. 4, c.p.p. ricalca quella dell'art. 544 co. 3 del codice di rito, norma quest'ultima da cui dipendono, attraverso il rinvio che vi opera l'art. 585, i termini di impugnazione. Ebbene, dal momento che la prassi, anche per processi non particolarmente complessi, è quella di indicare nel dispositivo tra i 60 ed i 90 giorni per la redazione della motivazione della sentenza⁸⁴, è facile prevedere come queste proroghe previste dall'art. 344 bis diventino la regola, proprio perché dipendono dall'organizzazione dell'ufficio giudiziario più che dal singolo procedimento. Si pone così un problema organizzativo, dunque di merito, a scapito delle garanzie del cittadino e, come se non bastasse, la citata ordinanza che dispone la proroga non è invece impugnabile con la sentenza, dunque, è preclusa una valutazione di merito⁸⁵. V'è poi, a parere di chi

80 D. PULITANÒ, *Sulle attuali politiche del diritto penale*, in www.sistemapenale.it, 1.6.2023.

81 M. DANIELE, P. FERRUA, R. ORLANDI; A. SCALFATI, G. SPANGHER, *Improcedibilità e prescrizione*, in www.penaldep.it 31.8.2021.

82 V. MONGILLO, *Il doppio volto*, cit., 343.

83 E.N. LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch.pen.*, 2021, 47; G. SALCUNI, *Bilanciamento e cause sospensive della prescrizione per l'emergenza covid-19*, in L. DI CARLO (a cura di), *Bilanciamento e sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino 2020, 147 ss.

84 Riferisce P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale, Addenda*, Giuffrè, Milano 2022, 196.

85 L. FIDELIO, A. NATALE, *Emergenza COVID-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in www.questionegiustizia.it, 16.4.2020; F.P. MODUGNO, *Sospensione della prescrizione e Covid-19: spunti per un commodus discessus nel rispetto dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in www.giurisprudenzapenale.com, 19 ss.

scrive, violazione della riserva di legge in quanto l'art. 344 bis c.p.p., commi 4 e 5, conferisce una ampia discrezionalità al giudicante, in assenza di criteri predeterminati nella legge, in modo tale da allungare i tempi di prescrizione del processo anche in funzione punitiva⁸⁶.

Problemi di legittimità sorgono ancora per le "ulteriori proroghe", in numero illimitato, quando si stia procedendo per talune tipologie di illeciti indicati nel co. 4⁸⁷. Questo elenco di illeciti che nel disegno di legge era pensato con rinvio ai delitti di cui all'art. 407 c.p.p. e i delitti contro la PA, un catalogo di illeciti tutto sommato omogeneo, risulta invece privo di un reale criterio di selezione nella formulazione dell'art. 344 bis co. 4 ora vigente⁸⁸. L'irreperibilità di un qualsiasi ragionevole criterio selettivo⁸⁹, la conseguente, assoluta, irragionevolezza della disposizione non possono che evidenziarne l'irrimediabile contrasto con il principio di uguaglianza. Ad essere violato è altresì il principio di legalità (art. 25 Cost.) in quanto l'imputato deve *ex ante* conoscere il reato, l'entità della pena, le modalità di espiazione⁹⁰, e la durata della prescrizione⁹¹.

Tale discorso non riguarda soltanto la prescrizione sostanziale, ma anche l'improcedibilità (o se si vuole la prescrizione processuale), perché il processo penale è retto dal principio di legalità che richiede «la predeterminazione per legge del termine entro il quale sarà possibile l'accertamento nel processo, con carattere di definitività, della responsabilità penale»⁹². Tale requisito non è rispettato dall'art. 344 bis co. 4 il quale rende imprevedibile il termine entro cui potrà ritenersi improcedibile l'azione (*rectius* il processo)⁹³.

86 G. GAETA, *Il consolidamento dell'emergenza. Aggiornamento sulla gestione della giustizia penale a fronte della crisi sanitaria*, in *Arch.pen.*, 2020, 8; F.P. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 19-20. O. MAZZA, *Giustizia all'angolo: 7 domande sulla fase 2 e sul dopo. Dialogo della Camera penale di Brescia con l'avv. Prof. Oliviero Mazza*, in www.dirittodidifesa.it, 28.6.2020, § 6.

87 Relazione n. 2/2023, a cura dell'Ufficio del Massimario della cassazione, in www.sistemapenale.it, 10.1.2023, 23 s.; G. MARTIELLO, *Brevi note sulle disposizioni immediatamente esecutive della c.d. «riforma Cartabia» in materia di prescrizione sostanziale e processuale*, in www.discrimen.it, 15.12.2021, 9; E.N. LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia"*, cit., 46. D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale, pregi e difetti*, in www.sistemapenale.it, 21.2.2022, p. 51; O. Mazza, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in *Arch.pen.*, 2021, p. 5 ss.

88 P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 9. Si tratterebbe, invece, di un «ragionevole temperamento al carattere altrimenti assoluto e cieco di un regime senza proroghe», secondo G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale*, cit., 25; G. BALBI, *Il decorso*, cit., 30 -31.

89 A. SCALFATI, *Improcedibilità ratione temporis: tentativi di ricomporre a sistema la teratologia processuale*, in www.cortedicassazione.it, 7.2.2022, 2; G. BALBI, *Il decorso*, cit., 33.

90 sentenza n. 32 del 2020; discorso ripreso da O. MAZZA, *L'enigma cit.*, 3.

91 C. cost., 6.7.2021 n. 140, cit; una diversa posizione è espressa da G.A. DE FRANCESCO, *Riforma e tempi della giustizia: considerazioni generali su prescrizione e improcedibilità*, in *Legisl.pen.*, 2021, 4 s.

92 C. cost., 6.7.2021 n. 140.

93 G. ICHINO, *"Riforma Cartabia" e processo d'appello*, in *Quest. giust.*, 2021, 11 ss.; N. ROSSI, *Lasciar decidere il giudice sulla durata dei processi: cancellate quest'assurdità*, in www.ildubbio.it, 3.8.2021.

Perplexità sorgono, infine, sempre con riferimento al co. 4 dell'art. 344 bis c.p.p. per quanto concerne i delitti aggravati dalla finalità di agevolare una associazione mafiosa o dal metodo mafioso (art.416-bis.1 c.p.). Si tratta astrattamente di tutte le fattispecie penali che possono essere realizzate con modalità richiamate dall'aggravante o per finalità previste dalla stessa circostanza aggravante. In questi casi il giudice con la stessa ampia discrezionalità può concedere ulteriori proroghe, non in numero illimitato, ma fino a tre anni in appello e un anno e sei mesi in Cassazione. A questa ampia discrezionalità, in parte già segnalata, si aggiunge una ulteriore problematica, che vale anche per le precedenti ipotesi in cui è ammessa la proroga, vale a dire il possibile cumulo delle proroghe nell'ipotesi di annullamento con rinvio⁹⁴. In caso di annullamento con rinvio alle proroghe eventualmente già concesse si potranno aggiungere ulteriori proroghe complessive, il che porta ad un aumento esponenziale dei termini di fase, annichilendo ogni anelito alla durata ragionevole del processo⁹⁵.

Questa attenta dottrina⁹⁶ evidenzia altresì le ulteriori ricadute negative sulla durata ragionevole dei processi ad opera di alcune scelte legate alla disciplina della sospensione di cui all'art. 344-bis co.6 c.p.p. La norma riprende le ipotesi tipizzate all'art. 159 c.p., fin qui *nulla quaestio*, ma vi aggiunge «il tempo occorrente per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale». Si concede dunque una sospensione che può anche essere superiore a quella prevista dalla riforma Orlando, ma soprattutto si concede un effetto sospensivo ad un'attività, la rinnovazione istruttoria, che attesta come il processo possa e si stia svolgendo. Una circostanza antitetica alla ratio delle sospensioni processuali.

9. La natura giuridica dell'art. 344 bis c.p.p. e le conseguenze di diritto intertemporale.

Ultimo aspetto da considerare, non meno importante rispetto ai precedenti, è quello relativo alla natura giuridica dell'art. 344 bis c.p.p., un dibattito che ricalca quello relativo alla natura giuridica della prescrizione⁹⁷.

94 A. CAVALIERE, *Considerazioni a prima lettura*, cit., 29 – 30.

95 Si è sostenuto che l'art. 344 bis Cpp rischi di tradire la durata ragionevole dei processi, nonché alcune linee guida tracciate dalla riforma Cartabia, perché per rispettare le tempistiche dell'art. 344 bis Cpp ci si dovrà concentrare sui reati bagatellari, perché quelli più gravi, almeno alcuni – con un metodo di selezione random – sono suscettibili di proroghe, ciò in contrasto con le direttive alle Procure (M. DANIELE, P. FERRUA, R. ORLANDI, A. SCALFATI, G. SPANGHER, *A proposito di prescrizione del reato e improcedibilità*, in www.sistemapenale.it, 14.9.2021.).

96 A. CAVALIERE, *Considerazioni a prima lettura*, cit., 29.

97 A. PECCIOLI, *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Giappichelli, Torino 2019, p. 12 ss.; E. ADDANTE, M. LOMBARDO, *La prescrizione del reato*, Pisa University Press, Pisa, 2018, 25 ss.; M. Helfer, *La prescrizione del reato: quali rapporti fra diritto e tempo in Germania, in Austria e, di recente, in Italia?*, in *DPenCont.*, 2017, p. 97 ss.; M. MANTOVANI, *La prescrizione della pena*, Giappichelli, Torino 2008, 31 ss. e 53 ss.

Per alcuni l'art. 344 bis c.p.p. è norma processuale⁹⁸. Le ragioni in sintesi che militano per questa soluzione sono legate alla collocazione nel codice di rito e nella funzione di garantire la durata ragionevole dei processi. La conseguenza diretta è che la disciplina intertemporale non è dettata dall'art. 2 c.p., ma dal diverso principio del *tempus regit actum*, nel caso di specie però derogato parzialmente in quanto trova applicazione alle impugnazioni presentate dal 1° gennaio 2020⁹⁹. Tale deroga viene giustificata in quanto la prescrizione processuale assume una «finalità compensatrice e ri-equilibratrice correlata alla non operatività dell'istituto della prescrizione nei giudizi di impugnazione relativi a reati commessi dal 1° gennaio 2020»¹⁰⁰. In dottrina si aggiunge che non può non considerarsi «la necessità di introdurre gradualmente nel sistema processuale un istituto così innovativo al fine di consentire un'adeguata organizzazione degli uffici giudiziari»¹⁰¹. Si tratta di argomentazioni che sono idonee a giustificare la deroga al principio del *tempus regit actum* (la cui rigorosa applicazione avrebbe determinato l'operatività dell'improcedibilità temporale a tutti i giudizi d'impugnazione a partire dall'entrata in vigore della legge, indipendentemente dalla data di commissione del reato). Tuttavia, resta il dubbio se il diritto di ogni imputato alla ragionevole durata del processo possa «essere sacrificato sull'altare di mere esigenze di organizzazione giudiziaria»¹⁰², oltre a risultare incostituzionale, almeno limitatamente al comma 4, in quanto l'art. 111 Cost non può essere diversamente declinato a seconda delle tipologie criminose e di autori¹⁰³.

Per altri ha natura sostanziale perché influisce sull'irrogazione della pena, si cambiano le parole ma gli effetti sono identici e cioè la non punibilità dell'imputato¹⁰⁴. È legata alla

98 V. MONGILLO, *Il doppio volto*, cit., 341.

99 Cass., 14.12.2021 n. 1567, in *CEDCass*, m. 282408 – 01; Cass. 19.11.2021 n. 43883, in *CEDCass*, m. 283043 – 02.

100 E. AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2022, 19 ss.; da ultimo Cass., 28.11.2021, n. 43883, cit., che ha affermato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, legge 27 settembre 2021, n. 134, cd. «riforma Cartabia», in relazione agli artt. 3, 25 e 111 Cost., nella parte in cui prevede che le disposizioni relative al nuovo istituto si applichino ai soli procedimenti di impugnazione aventi ad oggetto reati commessi a far data dal 1 gennaio 2020, in quanto la previsione di un regime transitorio è funzionale all'esigenza di coordinamento con la riforma introdotta dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, in materia di sospensione del termine di prescrizione nei giudizi di impugnazione, anch'essa applicabile ai reati commessi dal 1 gennaio 2020 ed essendo ragionevole la graduale introduzione dell'istituto per consentire un'adeguata organizzazione degli uffici giudiziari.

101 P. FERRUA, *La prescrizione del reato e l'insostenibile riforma Bonafede*, in *Giur.it.*, 2020, 980; P. Moscarini, *L'istituto della prescrizione ed il giusto processo*, in *Dir.pen.proc.*, 2021, 1455.

102 M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol.dir.*, 2021, 599 ss.; R. CASIRAGHI, *L'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di fase*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *La riforma Cartabia*, cit., 366.

103 P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, cit., 24.1.2022, § 4.

104 D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in *www.sistemapenale.it.*, 12.7.2021, 6 ss.

prescrizione sostanziale, tanto è vero che è rinunciabile e le cause di sospensione sono identiche. Se così è, la conseguenza è che il regime intertemporale è scandito dall'art. 2 c.p., perciò una sua eventuale modifica *in malam partem* non può operare retroattivamente¹⁰⁵, mentre in forza del co. 4 del citato articolo, trova applicazione l'art. 344 bis c.p.p. anche per i fatti anteriori al 1° gennaio 2020¹⁰⁶.

La nostra posizione è che l'improcedibilità abbia natura processuale.

È processuale nella misura in cui prevale su tutto, tranne che sull'inammissibilità dell'impugnazione; non trova applicazione l'art. 129 c.p.p.¹⁰⁷, non c'è condanna, non c'è assoluzione, cessano le misure cautelari, l'imputato non può proporre azione di risarcimento per l'ingiusta detenzione eventualmente subita, vengono meno le statuizioni civili e la confisca¹⁰⁸.

A quest'ultimo proposito nella Relazione illustrativa al decreto legislativo si specifica come non è possibile ricorrere ad un'applicazione estensiva dell'art. 578 bis c.p.p., perché mentre in questo caso vi è un accertamento di merito della colpevolezza (c.d. condanna sostanziale), nel caso dell'improcedibilità dell'azione vi è uno sbarramento processuale che impedisce la prosecuzione del giudizio, anche solo finalizzata all'accertamento della colpevolezza in senso sostanziale e svincolato dalla forma del provvedimento¹⁰⁹. L'art. 578 ter c.p.p., in caso di improcedibilità dell'azione penale, stabilisce che il giudice dell'impugnazione dichiara la confisca soltanto nei casi nei quali la legge stabilisce la confisca obbligatoria anche senza condanna. Si tratta delle res assolutamente vietate di cui all'art. 240 co. 2 n. 2 c.p., mentre per le ipotesi di confisca di cui agli artt. 240 bis, 322 ter, 640 quater, 12 bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, l'improcedibilità comporta la revoca della confisca (pur rimanendo il bene sotto sequestro per altri 80 giorni), salva l'applicabilità della confisca di prevenzione.

Il sistema delle proroghe, seppur incostituzionale per come è congegnato, è tipicamente processuale.

105 M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia*, cit., 599; R. BARTOLI, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir.pen.proc.*, 2021, 1170; D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione*, cit., 2 s.; O. MAZZA, *A Midsummer Night's Dream*, cit., 4; ID., *Prasseologia dell'inammissibilità (brevi note a margine della prima pronuncia di legittimità sulla disciplina intertemporale dell'art. 344-bis Cpp)*, in *Arch.pen.*, 2021, 1 ss.

106 D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione*, cit., 1 ss.; C. PIERGALLINI, *"Il penale" senza "diritto"*, cit., 720; F. C. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *www.sistemapenale.it*, 8.9.2021, 16 ss.; A. CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura'*, cit., 28.

107 Contra: A. NAPPI, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in *Quest. giust.*, 2021, 177 ss.

108 A. MARANDOLA, *Gli incerti orizzonti dell'improcedibilità per decorrenza dei termini ragionevoli nei giudizi di impugnazione*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *La Riforma Cartabia. La prescrizione, l'improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive*, Pacini Giuridica, Pisa 2022, 55 ss.

109 *Riforma della giustizia penale: in G.U. la Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, in *www.sistemapenale.it*, 20.10.2022, 328.

Per gli effetti intertemporali bisogna però distinguere.

Qualora fossero mutati *in peius* i termini di durata dei giudizi di impugnazione, oppure, sia introdotta una nuova fattispecie di reato tra quelle che ammettono plurime proroghe, queste modifiche non possono retroagire. I termini di impugnazione e l'elenco dei reati che derogano alla disciplina generale forniscono al cittadino *ex ante* l'affidamento che quelle regole non verranno modificate in corso di causa, il cittadino ha il diritto che la sua posizione processuale non possa essere derogata ed esposta agli abusi del potere populistico giustizialista¹¹⁰. Pur essendo processuale, dovrebbe valere una disciplina intertemporale analoga all'art. 2 c.p., come quella scandita dall'art. 11 delle preleggi, per ragioni di certezza del diritto¹¹¹. Si deve richiamare sempre l'art. 25, co. 2, Cost. che garantirebbe anche la certezza del diritto, espressione della lealtà dello Stato verso i cittadini¹¹², di conseguenza, la modifica in corso di procedimento di tutte quelle regole, fra cui i tempi della prescrizione del processo o l'inserimento di un nuovo reato fra quelli per cui è consentita la proroga, che incidono in concreto sulla punizione viola questo obbligo di lealtà. In questa prospettiva l'art. 25, co. 2, Cost. deve essere letto in combinato disposto con le norme costituzionali che disciplinano il diritto di difesa e il giusto processo (artt. 24, 25, co. 1, 111 Cost.)¹¹³. È la tesi che giunge al risultato di considerare tutte le norme processuali soggette alla disciplina dell'art. 25, co. 2, Cost. sul presupposto che la norma penale reale risulta formata da elementi di diritto penale sostanziale ed elementi di diritto processuale penale¹¹⁴. Pertanto, tutte le norme che scolpiscono il volto costituzionale del processo penale dovrebbero essere soggette anche al divieto di retroattività *in pejus*¹¹⁵.

La disciplina intertemporale che fa retroagire l'improcedibilità solo dal 1° gennaio 2020, secondo parte della dottrina¹¹⁶, sarebbe legittima perché la retroattività della *lex mitior*, anche secondo la giurisprudenza costituzionale, «non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.», sicché è suscettibile di deroghe, purché ricorra una sufficiente ragione giustificativa¹¹⁷. Nel caso in esame, l'aver legato l'operatività dell'art. 344-

110 R. BARTOLI, *Verso la riforma Cartabia*, 1170; D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione*, cit., 2 ss.; R. ORLANDI, *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in www.discrimen.it, 16.7.2021.

111 V. MONGILLO, *op. cit.*, 343.

112 V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo co., Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in www.sistemapenale.it, 19.2.2020, p. 11; T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass.pen.*, 2012, p. 3605 ss.

113 M. GALLO, *Postille di un penalista ad una Costituzione (fino a quando?) sovrana*, Giappichelli, Torino 2019, 21 ss.; ID., *Le fonti rivisitate*, Giappichelli, Torino 2017, 25 ss.

114 M. GALLO, *Diritto penale italiano*, I, Giappichelli, Torino 2014, 14-16.

115 A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Che la pandemia non diventi l'occasione per accelerare le soluzioni sulla prescrizione e sulle sue ragioni costituzionali*, in www.sistemapenale.it, 24.5.2020, 3.

116 V. MONGILLO, *op. cit.*, 347.

117 Corte cost. 393 2006, 63 del 2019, reperibili in www.giurcost.org.



bis c.p.p. ai procedimenti penali per i reati commessi dopo il 1° gennaio 2020 pare – a detta della citata dottrina – in grado di resistere a un vaglio positivo di ragionevolezza. È, difatti, la stessa data in cui ha cominciato a operare il blocco della prescrizione dopo il primo grado¹¹⁸.

Tale ultima posizione argomentativa deve essere rivista anche se l'esito applicativo non cambia.

In generale non è stato ancora dimostrato che la retroattività della *lex mitior* non trovi collocazione nello stesso art. 25 Cost., a testimonianza del fatto che la Costituzione ha optato per un diritto penale del fatto¹¹⁹. Detto ciò, bisogna verificare se l'art. 25 della Cost., nella parte in cui recepisca, in via implicita, anche la retroattività della *lex mitior* risulti bilanciabile ed in che modo¹²⁰. Tutti i diritti/principi sono bilanciabili, tranne quelli supremi che, però, possono essere bilanciati se in conflitto tra loro. Ma non è questo il caso. Inoltre i principi impliciti, quelli che si ricavano da altre norme costituzionali dovrebbero essere bilanciabili come gli altri principi, ma gli stessi, che si ricavano da disposizioni costituzionali che ne contengono più d'uno, non solo potrebbero essere bilanciabili tra loro, ma se da una disposizione costituzionale ricaviamo più principi, uno di questi può essere anche completamente limitato, perché non si limitano contestualmente tutti gli altri principi desumibili dalla medesima disposizione¹²¹.

La retroattività favorevole, essendo principio implicito, ricavabile da norma costituzionale dalla quale si ricavano più principi impliciti, è certamente bilanciabile, ma vi deve essere un controvalore costituzionale di pari rango e la scelta legislativa deve essere ragionevole. Sul punto, forse la scelta legislativa è ragionevole perché «l'impossibilità di far valere l'improcedibilità per i reati commessi prima del 1 gennaio 2020 trova il suo ragionevole fondamento nella circostanza che per tali reati non opera la normativa della citata legge n. 3/2019, relativa alla sospensione del termine prescrizione dopo la sentenza di primo grado, per cui non può ritenersi che vi sia una disparità di trattamento ingiustificata tra soggetti che si trovano nella medesima situazione»¹²².

118 Nella manualistica G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2023, 522; da ultimo, v. G. LEO, *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 16.2.2022, 13 ss.

119 Con argomentazioni diverse v. M. GALLO, *Le fonti rivisitate*, cit., p. 43 ss.; ID., *Postille di un penalista*, cit., p. 46 ss.

120 Sembra non bilanciabile secondo quanto sostenuto dalle citate opere di Gallo e da ultimo in M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 92 ss., il quale ritiene incostituzionale l'art. 2 co. 4 proprio nella parte in cui prevede il limite del giudicato alla retroattività *in mitius*.

121 M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Commento all'art. 25 della Costituzione*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione. I, Artt. 1-54*, Utet, Torino 2006, 526 ss.; I. Pellizzone, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Franco Angeli, Milano 2015, *passim*.

122 Cass. 19 novembre 2012 n. 17617, in CED 43383.

Le proroghe di cui al co. 4 dell'art. 344 bis c.p.p. sono invece dettate esclusivamente per finalità processuali e non paiono in alcun modo coperte dall'art. 25 Cost. sotto il profilo della irretroattività. In altri termini, se dovesse essere aumentato il tempo che può essere concesso per le ulteriori proroghe, per un reato che già era previsto nell'elenco di cui al co. 4, questo aumento potrà trovare applicazione retroattiva.

Il diritto di difesa non è violato perché, trattandosi di procedimenti in corso (si è in fase di impugnazione), la strategia difensiva sarà già stata approntata. È vero che a volte l'unica strategia difensiva possibile è la prescrizione (sostanziale ed ora anche processuale)¹²³, ma si tratta dell'affidamento ad una aspettativa non rientrante nella copertura costituzionale offerta dall'art. 25 Cost.¹²⁴, perché legata a qualcosa di non preventivabile, dal momento che già naturalmente il termine ultimo di prescrizione sostanziale (in concreto) non è calcolabile perché dipende da variabili indipendenti anche alle strategie difensive, come ad esempio le sospensioni¹²⁵.

Il giusto processo, come espressione di lealtà fra le parti, non risulta violato, dal momento che il legislatore non incrimina un fatto in precedenza lecito e non modifica i termini di prescrizione, ma conferisce valore giuridico ad una circostanza nuova, indipendente dalla sua volontà, che può giustificare il prolungamento del processo.

La durata ragionevole del processo non è violata perché il provvedimento di proroga ha una sua intrinseca ragionevolezza ed il suo arco temporale è comunque limitato, perciò sarebbe ben arduo sostenere che l'irragionevole durata del processo sia imputabile proprio ai mesi di proroga dei termini processuali¹²⁶. Resta il problema per quella tipologia di reati per cui è ammissibile un numero indefinito di proroghe, le quali sono incostituzionali per violazione dell'art. 111 Cost.

L'applicazione retroattiva dei termini di proroga più ampi è argomentabile sia in forza della ritenuta natura processuale delle stesse¹²⁷, sia in forza del buon senso che conferisce rilievo al fatto che lo Stato non abbia mostrato disinteresse a punire, ma sia limitato nel procedere a causa di circostanze che però dovrebbero essere puntualmente indicate dal legislatore (circostanza oggi non rispettata dal co. 4 dell'art. 344 bis c.p.p.)¹²⁸. La proroga è pensata per

123 G. FLORA, *op. loc. ult cit.*

124 F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori caedere*, cit., 83 ss.

125 Si pensi alle calamità naturali, ma anche più di frequente alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale o di una pregiudiziale comunitaria.

126 G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, *sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, in www.sistemapenale.it, 4.5.2020, 14.

127 F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *op. cit.*, p. 83 ss.

128 T. EPIDENDIO, *Il diritto nello 'stato di eccezione' ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in www.giustiziainsieme.it, 19.4.2020 (seconda parte).

avere efficacia retroattiva, perché si proroga un'attività in corso di svolgimento per la difficoltà o quasi impossibilità di proseguirla entro certi termini¹²⁹.

10. Conclusioni.

L'art. 344 bis c.p.p. risulta essere irrazionale¹³⁰, allungando i tempi del processo con risultati sfavorevoli al reo¹³¹. Ci sembra che la nuova norma non osservi alcune linee guida tracciate dalla riforma Cartabia, perché per rispettare le tempistiche dell'art. 344 bis c.p.p. ci si dovrà concentrare sui reati bagatellari, perché per almeno alcuni di quelli più gravi, opera il sistema delle proroghe.

Un processo di primo grado, la cui durata sia quasi pari al tempo massimo di prescrizione sostanziale, quest'ultima però inoperante poiché è intervenuta sentenza di condanna di primo grado, potrebbe vedere celebrato il grado di impugnazione entro due anni, quando cioè, operando la disciplina della prescrizione anteriore al 2019. Di conseguenza, senza la riforma Bonafede, confermata dalla Cartabia, l'illecito sarebbe stato dichiarato estinto per intervenuta prescrizione, mentre allo stato non lo sarebbe e non risulterebbe nemmeno improcedibile.

Al contrario, un dibattimento di primo grado molto celere, che difficilmente avrebbe consentito la prescrizione sostanziale nei gradi di impugnazione, potrebbe essere dichiarato improcedibile se l'udienza si celebrasse dopo due anni. L'obiezione rischia di provare troppo, infatti, è possibile anche ipotizzare la situazione inversa. Applicando la disciplina della prescrizione sostanziale, ante riforma del 2019, non era da escludere che processi per reati aventi un tempo della prescrizione medio-lungo (ad esempio quando le indagini partivano immediatamente dopo il verificarsi del reato) la prescrizione sostanziale non avesse alcun effetto acceleratorio sul processo, col rischio di frustrare il diritto ad essere giudicati entro un tempo ragionevole.

Questo per sostenere che la prescrizione sostanziale non può garantire la durata ragionevole del processo, non essendo a ciò deputata. La prescrizione sostanziale può incidere

129 M. MANTOVANI, *La prescrizione della pena*, cit., p. 103 e nota 130; *mutatis mutandis* Cass., sez. II, 2 luglio 2020, n. 3, De Marco, con commento critico di G.L. GATTA, *Covid-19, sospensione del corso della prescrizione del reato e irretroattività: una prima discutibile decisione della Cassazione e due nuove ordinanze di merito che sollecitano una rilettura dell'art. 159 c.p.*, in www.sistemapenale.it, 6.7.2020; ID., *Tolleranza fra principi e principi intolleranti. L'emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem: note critiche a una sentenza della Cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4, d.l. n. 18/2020*, in www.sistemapenale.it, 22.7.2020 ed invece adesivo di F. ACCARDO, *La notizia di decisione n. 3 del 2020, Cass. III, 2 luglio 2020: prime considerazioni*, in www.penedp.it, 14 febbraio 2020.

130 Posizione diversa invece è espressa da D. PULITANO, *Diritto penale*, X ed., Giappichelli, Torino 2023, 459 – 460.

131 L. SIRACUSA, *op. cit.*, 382 ss.; F. GIUNCHEDI, *Il regime provvisorio dell'improcedibilità e le questioni intertemporali*, in *Proc.pen.giust.*, 2022, 276. M. Daniele, P. Ferrua, R. Orlandi, A. Scalfati, G. Spangher, *A proposito di prescrizione del reato e improcedibilità*, in www.sistemapenale.it, 14.9.2021.

solo in via indiretta ed eventuale sulla durata dei processi, ma a volte con risultati disfunzionali rispetto ad interessi generali.

La necessità di un istituto *ad hoc* che assicuri in via diretta la ragionevole durata del processo deve essere previsto dall'ordinamento, perciò, con tutti i limiti del caso e in attesa di una riforma dell'art. 344 bis c.p.p., non bisognerebbe abbandonarlo (come si propone nel d.d.l. C. 893 approvato il 16 gennaio 2024 alla Camera ed in discussione al Senato d.d.l. S. 985), senza una adeguata fase di sperimentazione relativamente ad i tempi di accelerazione dei processi¹³².

La conclusione è dunque che la durata ragionevole può essere ottenuta solo se l'orologio della prescrizione sostanziale e quello processuale tornino a segnare (*rectius* disciplinare) lo stesso tempo, vadano cioè contemporaneamente di pari passo¹³³.

Non sembra questa la via intrapresa dal d.d.l. C. 893 approvato il 16 gennaio 2024 alla Camera ed in discussione al Senato d.d.l. S. 985. Si supera la cessazione della prescrizione con l'emissione della sentenza di primo grado, la quale tornerebbe ad operare fino alla sentenza definitiva. Non è però un perfetto ritorno al passato, cioè alla prescrizione riformata nel 2005 dalla l. Cirielli, perché, accanto all'architettura basata sulla l. 251 del 2005, si prevedono alcune cause sospensive della prescrizione sul modello sperimentato dalla Riforma Orlando (l. 23.6.2017 n. 103).

Il disegno di legge introduce nuove cause di sospensione della prescrizione per i giudizi di appello (due anni) e di Cassazione (un anno). È previsto un meccanismo di recupero del tempo sospeso nel caso in cui la sentenza di condanna venga riformata o annullata, in tutto o in parte, a seguito di impugnazione.

Il superamento dei termini di sospensione previsti dal nuovo articolo 159-bis comporta la ripresa del decorso della prescrizione. Ciò lascia aperta la possibilità che il processo si concluda con una pronuncia di merito, purché il giudice riesca a completare tutte le fasi rimanenti del procedimento entro il termine complessivo di prescrizione così rideterminato.

132 A. PULVIRENTI, *L'improcedibilità dell'azione penale: la ratio, la normativa vigente e il suo (probabile) de profundis*, in www.laegislazionepenale.eu, 23.2.2024.

133 *Contra*: G.L. GATTA, G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in www.sistemapenale.it, 11.2.2020; nonché A. PULVIRENTI, *L'improcedibilità dell'azione penale: la ratio, la normativa vigente e il suo (probabile) de profundis*, in www.laegislazionepenale.eu, 23.2.2024, secondo cui la prescrizione sostanziale non può garantire appieno la durata ragionevole del processo, semplicemente perché non è il suo compito, può accadere che abbia riflessi sulla durata dei processi, ma come effetto indiretto, collaterale, a volte con risultati disfunzionali rispetto ad interessi generali. La necessità di un istituto *ad hoc* che abbia come fine quello di garantire la ragionevole durata e dunque l'art. 111 Cost. deve essere previsto dall'ordinamento, perciò, con tutti i limiti del caso e in attesa di una riforma dell'art. 344 bis c.p.p., non bisognerebbe già abbandonarlo, senza una adeguata fase di sperimentazione relativamente ad i tempi di accelerazione dei processi.

Si abroga, di conseguenza, l'art. 161-bis c.p. e, al contempo, anche l'istituto dell'improcedibilità di cui all'art. 344-bis c.p.p.¹³⁴.

Si ripristina un sistema in cui la ragionevole durata del processo è garantita indirettamente dalla prescrizione sostanziale, che però ha una funzione primaria diversa dall'assicurare la celerità del giudizio¹³⁵. Il nuovo meccanismo, pur introducendo la sospensione condizionata della prescrizione, non risolve il problema della lentezza dei processi. Infatti, non crea alcun incentivo per i giudici a concludere rapidamente i giudizi, né nei casi di reati con termini di prescrizione lunghi, né in quelli in cui il primo grado è stato celebrato in tempi brevi (si consideri che il DDL C-893, modificando l'art. 161, comma 2, c.p., allunga il termine di prescrizione per alcuni delitti 'da codice rosso'). Questo rischio era stato previsto dalla Commissione Lattanzi, che aveva proposto l'introduzione di specifici rimedi, assenti nell'attuale proposta¹³⁶.

Sarebbe auspicabile invece che accanto all'art. 344-bis c.p.p., perfezionato così come si è tentato di evidenziare nelle pagine precedenti, torni ad operare, senza alcuna preclusione dopo il primo grado, la disciplina della prescrizione sostanziale, integrata da meccanismi interruttivi e sospensivi, non tanto relativi alla fase delle impugnazioni come l'idea della riforma Orlando, ma stabilendo la sospensione dei termini di prescrizione per la fase delle indagini per un tempo non superiore la durata legale dell'indagine e comunque non superiore a 2 anni in modo da contrastare il fenomeno più frequente delle prescrizioni che, come chiarito, è quello che si verifica entro il I grado.

Si avrebbe così un sistema penale e processuale in cui il tempo del reato e del processo siano scanditi dai due istituti che opereranno contemporaneamente, potendo il reato estinguersi per ragioni endo-sostanziali (che giustificano la prescrizione) o essere improcedibile per ragioni endo-processuali (che giustificano l'improcedibilità).

134 G.L. GATTA, M. GIALUZ, *Prescrizione e improcedibilità: l'ennesima riforma e dieci verità nascoste*, in www.sistemapenale.it, 6.11.2023.

135 O. MAZZA, *L'enigma*, cit., 8, il quale però propone di abbandonare l'istituto della prescrizione sostanziale per ricondurlo nel suo alveo naturale e cioè l'improcedibilità dell'azione.

136 M. GIALUZ *Nostalgia, nostalgia canaglia: il ritorno della prescrizione*, in www.altalex.com, 23.2.2024.



LA TUTELA DELLA SALUTE NEL SISTEMA NAZIONALE

Federico Francesco Guzzi *

Abstract (It): L'articolo fa un quadro del sistema legislativo nazionale in tema di salute (intesa come cura e prevenzione) cercando di mettere in evidenza sia gli aspetti positivi sia i profili di criticità - soprattutto in relazione alle esigenze di bilancio le quali sembrano assumere un valore preponderante, tale da compromettere aspetti sostanziali relativi alla cura del paziente. Si mette in evidenza altresì il carattere trasversale del tema in cui troviamo numerosi fattori (tutti interdipendenti): personali, politico-istituzionali, socio-economici, tecnologici, ambientali. L'articolo mette evidenza che, alla presa d'atto della multidisciplinarietà del tema, non segue un pieno ed efficace coordinamento il quale rimane un 'manifesto', un proposito, un auspicio. Infine viene posta l'attenzione su aspetti settoriali (si veda i contratti pubblici) in cui si può contribuire a migliorare l'ambiente e quindi la salute.

Abstract (En): *This article analyzed the national health legislative system. Are highlighted the positive aspects and the critical aspects - especially in relation to budgetary need such as to compromise substantial aspects relating to patient care. Are highlighted the transversal nature of the topic. There are multiple (all interdependent) factors: personal, political-institutional, socials-economics, technological, environmental. Finally, the research analyzed a sectorals aspects (as public contracts) that can to contribute to improving the environment and therefore health.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – **Parte I** – 1. Diritto alla salute e servizio sanitario nazionale. – 2. Programmazione nazionale (in particolare sotto il profilo della spesa). – 3. Programmazione regionale (cenni). – 4. Punti di forza del sistema sanitario nazionale. – 5. I profili di criticità. – **Parte II** – 1. Il sistema nazionale di prevenzione e gestione dei rischi sanitari. – 2. Il problema della *governance* e della gestione (integrata) degli interventi di prevenzione, in particolare: *Ambiente, clima e salute* (M05) e *Malattie infettive prioritarie* (M06). – 2.1. Rapporto contratti pubblici – ambiente. – 2.2. Prevenzione e gestione malattie infettive: esigenza di integrazione e coordinamento. – 3. Conclusioni.

1. Premessa. **

Il presente lavoro scientifico fa un quadro del sistema legislativo nazionale in tema di tutela della salute - sia sotto il profilo della cura sia sotto quello della prevenzione.



L'esigenza di analisi si aggancia al progetto PRIN - PNRR 2022 *Unscrabbling "Global and European Union Health SECURITY"* all'interno del quale le diverse aree di ricerca (giuridiche e mediche) coinvolte, hanno un proprio settore di studio; quello del presente scritto riguarda appunto l'ambito giuridico nazionale.

Sul tema ci sono numerosi contributi scientifici (di taglio pubblicistico, ovviamente medico, economico, etc.) che, da diverse prospettive, lo analizzano. L'obiettivo del lavoro è quello di cercare di superare le singole prospettive di competenza e ricerca, al fine di tener conto il più possibile della tema nella sua globalità, recuperando una visione, per così dire, di insieme, partendo ad esempio dall'analisi e dalla valorizzazione di dati (non solo legislativi) al fine di meglio comprendere dinamiche, evoluzioni e criticità.

Si cercherà di dimostrare che il diritto alla salute ha necessariamente carattere multidisciplinare; vari sono i fattori (tutti interdipendenti) da prendere in considerazione: personali, politico-istituzionali, socio-economici, tecnologici, ambientali; e che la suddetta multidisciplinarietà va 'gestita' ottimizzando e coordinando le diverse competenze; di conseguenza la prospettiva non può essere esclusivamente medica, giuridica e soprattutto contabile; proprio quest'ultimo è uno dei temi più rilevanti, e critici, posto che la materia sembra essere sempre più attratta nell'alveo di dinamiche economiche, spesso formali, a discapito di aspetti sostanziali.

Alla riduzione/rimodulazione della spesa dovrebbe accompagnarsi una valutazione ponderata (della stessa) al fine di evitare che la componente economica sacrifichi i livelli essenziali di cura; attenzione sì al bilancio, ma in un'ottica di razionalizzazione e soprattutto di distinzione tra ciò che essenziale (e dunque non sacrificabile) e ciò che non lo è. Sembra invece che la sanità - e quindi l'attuazione del precetto costituzionale del diritto alla salute - risponda sempre più a ragioni economiche, ai connessi strumenti di calcolo, più che ad una reale attuazione e valutazione della soddisfazione del diritto medesimo.

Si cercherà inoltre di dimostrare che, alla presa d'atto della multidisciplinarietà del tema, non segue però un pieno ed efficace coordinamento il quale rimane un 'manifesto', un proposito, un auspicio (che è l'obiettivo principale della strategia europea). Si pensi al rapporto (irrisolto) tra Stato-Regioni (che la pandemia ha messo ancor più in evidenza) e più in generale a quello tra le varie istituzioni; al citato problema della razionalizzazione della spesa; al coordinamento tra attori istituzionali nella prevenzione, alla concreta realizzazione della digitalizzazione sanitaria e della "nuova" sanità territoriale.

Ciò che sembra quindi fare difetto al legislatore, e a cascata alle amministrazioni, è un approccio di sintesi, che in modo chiaro stabilisca priorità, ordine di interventi e meccanismi attuativi che invece sembrano *sciogliersi* all'interno della molteplicità di fattori, obiettivi e strategie, linee di intervento. Se gli obiettivi sono dunque condivisibili e ambiziosi, l'attuazione diventa problematica alla luce della molteplicità e complessità delle aree di intervento le quali



vengono evidenziate nei vari piani di programmazione con una tecnica, in verità, di carattere 'fluviale' e oltre modo ridondante.

Verrà posta infine l'attenzione su aspetti settoriali (si veda i contratti pubblici) in cui si può contribuire a migliorare l'ambiente e quindi la salute. Nel dettaglio, si farà riferimento all'importantissimo ruolo dei criteri ambientali minimi (CAM) nella prevenzione e tutela dell'ambiente, il che impatta nella tutela della salute; sul punto si veda Consiglio di Stato n. 1635/2019, secondo cui la tutela dell'ambiente è ampliativa della portata dell'art. 32 della Costituzione che ha consentito di estendere l'ambito della tutela garantita alla salute pubblica anche mediante le certificazioni di prodotto.

Parte I

1. Diritto alla salute e servizio sanitario nazionale.

La Costituzione (art. 32) stabilisce che *"La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"*.

È dunque un diritto fondamentale¹, di rango costituzionale, il quale - si veda la fase di emergenza pandemica - ha assunto il ruolo di *super-diritto* (con il rischio di assumere la valenza di cd diritto tiranno) in grado cioè (nell'ottica del bilanciamento) di prevalere su altri diritti quali: il diritto alla circolazione e alla libertà personale, il diritto di iniziativa economica, il diritto all'istruzione, la libertà di riunione, la *privacy*, etc.².

Già questo primo rilievo assume non poco significato, posto che il diritto alla salute assume una connotazione centrale nel sistema, a tal punto da condizionare in modo pregnante l'assetto economico-sociale e *orientare* le scelte politiche (essendo infatti una delle voci maggiori di spesa, è di tutta evidenza che diviene l'ambito in cui la politica può far sentire il peso delle sue scelte); insomma, in tema di sanità si gioca spesso la partita del consenso (molte volte, in verità,

¹ * (Professore associato di Diritto Amministrativo - Università della Calabria).

^{**} Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca connessa al progetto PRIN - PNRR 2022: *Unscrabbling* "Global and European Union Health SECurity", di cui l'Autore è responsabile di unità locale dell'Università della Calabria - CUP H53D23010780001

La Corte Costituzionale - sentenza n. 356/1991 - ha riconosciuto il bene salute tutelato dall'art. 32, comma 1, Cost. quale *"diritto fondamentale dell'individuo"*. Si vedano altresì sentenze nn. 202/1991, 559/1987, 184/1986, 88/1979

² In merito, si veda il Decreto n. 1553/2020 del Consiglio di Stato in base al quale i diritti, anche fondamentali, della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla *privacy* - hanno trovato compressione *"in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica"*. Si procede invece al bilanciamento tra il diritto individuale alla salute e il diritto alla salute pubblica, nel Decreto n. 6534/2020, secondo cui: *"profilo di tutela della salute individuale del minore risponde anch'esso - come la tutela della salute pubblica - ad un valore direttamente tutelato dalla Costituzione"*

in termini di perdita dello stesso)³; tuttavia è stato messo in evidenza, sul punto, che: “se il Governo e il Parlamento tagliano il finanziamento al diritto alla salute, sono le Regioni che si trovano costrette nell’alternativa tra introdurre ticket sanitari, aumentare l’addizionale regionale all’Irpef o ridimensionare i servizi sanitari offerti alla popolazione. In questo modo sono state dissociate le responsabilità: così il taglio statale, magari di alcuni miliardi, al diritto alla salute può passare quasi inosservato agli occhi dell’opinione pubblica. Tutt’altro impatto avrebbe un taglio analogo sulla spesa pensionistica: immediatamente gli elettori ne identificano l’autore e alla prima occasione potrebbero sanzionarlo con il loro voto. Nel caso del diritto alla salute, invece, l’autore del taglio resta quasi anonimo e gode di una sostanziale immunità”; immunità che - prosegue l’Autore - c’è il rischio “diventi anche una immunità giuridica. La Corte costituzionale, infatti, dispone di strumenti efficaci per il “micro” controllo sulle violazioni del diritto alla salute: si pensi, per tutti, al caso deciso con la sentenza n. 992 del 1988, dove si afferma il dovere del SSN di rimborsare una prestazione specialistica una prestazione altamente specialistica (tomografia con apparecchio a risonanza magnetica nucleare), eseguita nell’unico istituto privato, non convenzionato, che allora risultava in possesso delle strumentazioni. Non dispone, invece, di strumenti altrettanto efficaci per il controllo sulle “macro” violazioni derivanti appunto dal de-finanziamento nazionale del diritto alla salute”⁴.

Il tema ha dunque una forte connotazione politica - in ordine al ruolo dei soggetti coinvolti nella tutela del diritto alla salute (impostazione statalista *vs* impostazione liberale), tecnica⁵ (si pensi agli standard che vanno ad integrare e specificare i livelli essenziali delle prestazioni)

3 “La libertà dei fini che sarebbe propria della sfera politica è limitata dalla garanzia costituzionale di un interesse sociale del soggetto (un interesse personale in ordine ad un bene determinato della vita che risulta sociale in quanto oggetto di tutela nelle relazioni del soggetto); la selettività politica si riepande, però, nella fase dell’attuazione legislativa, nella misura in cui la mediazione legislativa è intrinsecamente necessaria al diritto sociale perché appartiene strutturalmente alla sfera della politica operare distinzioni e selezioni, determinare priorità e bilanciamenti nel complesso delle relazioni sociali nel quale l’interesse si manifesta, attribuendo e distribuendo gli obblighi corrispondenti alla soddisfazione dell’interesse. È sul piano della politica che vanno compiute, infatti, le operazioni di ponderazione e di scelta indispensabili per la definizione del diritto soggettivo, anche se le garanzie costituzionali inducono una riduzione della complessità politica del processo decisionale, definendo in via preventiva alcune delle condizioni più significative della tutela giuridica della salute, che rappresentano contenuti del “bene comune”. Cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant’anni dall’istituzione del servizio sanitario nazionale*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, p. 121

4 Cfr. L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *federalismi.it*, n. 22/2017, pp. 3-5

5 “il perseguimento di un livello essenziale di prestazione nel settore sanitario, infatti, non può esimersi da valutazioni intrinseche di contenuti tecnici come quelli inerenti la compatibilità dei profili professionali e del numero dei soggetti da assegnare ad un’unità clinica, l’acquisizione di conoscenze aggiornate in rapporto alla continua dinamica evolutiva della medicina, il rinnovamento delle apparecchiature diagnostiche e dei beni strumentali” Cfr. A. BARTOLINI, *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo* (a cura di) M. Andreis, Milano, 2006, p. 313



economica⁶ (in ordine alle necessità di bilancio sempre più stringenti anche alla luce dei vincoli europei), organizzativo/gestionale (connessa al *management*), giuridica (con riferimento alle competenze legislative, l'art. 117 della Costituzione prevede la competenza concorrente di Stato e Regioni).

All'interno di questo quadro lo Stato ha potere di programmazione; determina i livelli essenziali delle prestazioni (LEA)⁷ da garantire su tutto il territorio nazionale⁸ (per

6 "Il pieno soddisfacimento del diritto alla salute richiederebbe l'erogazione di prestazioni sanitarie globali, universali, e gratuite, a prescindere dalle risorse necessarie al finanziamento di un siffatto sistema. In tal modo, tuttavia, non sarebbe assicurato il livello essenziale di assistenza, bensì un livello superiore corrispondente alla massima tutela del diritto alla salute. La legge, invece, prescrive che il sistema pubblico assicuri i livelli essenziali delle prestazioni tenendo in considerazione la limitatezza delle risorse". Cfr. G. CREPALDI, *Dai lea ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, II Co., lett. M), Cost.*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo* (a cura di) M. Andreis, Milano, 2006, p. 67. Per considerazioni e riferimenti di stampo economico, si veda: M. NOERA - M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 2/2022

7 I Livelli essenziali di assistenza (LEA) sono le prestazioni e i servizi che il Servizio sanitario nazionale (SSN) è tenuto a fornire a tutti i cittadini, gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione (ticket), con le risorse pubbliche raccolte attraverso la fiscalità generale (tasse). Il 18 marzo 2017 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale (Supplemento ordinario n. 15) il DPCM del 12 gennaio 2017 con i *nuovi Livelli essenziali di assistenza*. Il nuovo Decreto sostituisce infatti integralmente il DPCM 29 novembre 2001, con cui i LEA erano stati definiti per la prima volta. Il DPCM individua tre grandi Livelli: *Prevenzione collettiva e sanità pubblica*, che comprende tutte le attività di prevenzione rivolte alle collettività ed ai singoli; in particolare: sorveglianza, prevenzione e controllo delle malattie infettive e parassitarie, inclusi i programmi vaccinali; tutela della salute e della sicurezza degli ambienti aperti e confinati; sorveglianza, prevenzione e tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; salute animale e igiene urbana veterinaria; sicurezza alimentare - tutela della salute dei consumatori; sorveglianza e prevenzione delle malattie croniche, inclusi la promozione di stili di vita sani ed i programmi organizzati di screening; sorveglianza e prevenzione nutrizionale; attività medico legali per finalità pubbliche. *Assistenza distrettuale*, vale a dire le attività e i servizi sanitari e socio-sanitari diffusi sul territorio, così articolati: assistenza sanitaria di base; emergenza sanitaria territoriale; assistenza farmaceutica; assistenza integrativa; assistenza specialistica ambulatoriale; assistenza protesica; assistenza termale; assistenza sociosanitaria domiciliare e territoriale; assistenza sociosanitaria residenziale e semiresidenziale. *Assistenza ospedaliera*, articolata nelle seguenti attività: pronto soccorso; ricovero ordinario per acuti; day surgery; day hospital; riabilitazione e lungodegenza post acuzie; attività trasfusionali; attività di trapianto di cellule, organi e tessuti; centri antiveleni (CAV).

8 "L'ineluttabilità dei vincoli di finanza pubblica, che rendono critica la copertura finanziaria del SSN, va in conflitto con gli inderogabili doveri di solidarietà sociale che dovrebbero essere garantiti su tutto il territorio nazionale secondo criteri e valori di uniformità demandati all'applicazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA). Riducendosi il grado di copertura del servizio sempre più prestazioni sono poste a totale carico dell'assistito. I LEA non sono infatti già oggi esigibili in egual modo in tutte le regioni. Pur essendo stati i LEA definiti, ridefiniti e aggiornati, sussistono forti disomogeneità regionali nell'erogazione delle prestazioni sanitarie. Più in generale la piena esigibilità dei LEA è di difficile applicazione ovunque non essendo definite le modalità dell'integrazione sociosanitaria. Alle volte si sono adottate misure straordinarie di integrazione economica statale da parte dei Governi. Per una piena esigibilità dei LEA si pone la necessità di modificare i meccanismi di programmazione e riparto delle risorse alle Regioni a partire di una profonda revisione del sistema dei Piani di rientro. Puntando questi esclusivamente al riequilibrio finanziario, hanno impedito alle Regioni del Centro-Sud di recuperare il gap. Va aumentata la responsabilità dello Stato nel garantire livelli essenziali di assistenza in modo

l'aggiornamento continuo, sistematico, fondato su regole chiare e criteri scientificamente validi dei livelli essenziali di assistenza, è stata istituita la Commissione nazionale per l'aggiornamento dei LEA e la promozione dell'appropriatezza nel Servizio sanitario nazionale⁹).

Le Regioni programmano e gestiscono in piena autonomia la sanità nell'ambito territoriale di loro competenza assicurando i livelli essenziali e uniformi di assistenza; le stesse possono erogare prestazioni sia in via diretta (presso le proprie strutture) sia presso altre strutture (aziende universitarie, istituti di ricovero, strutture sanitarie private accreditate¹⁰ le quali prestano il servizio sanitario nell'ambito del diritto di iniziativa economica¹¹: le stesse erogano il 25% delle prestazioni sanitarie): "la scelta del 1992, quindi, valorizza certamente il ruolo delle Regioni, che diventano lo snodo territoriale del Ssn. Regionalizzazione ed aziendalizzazione hanno, quindi, comportato un sostanziale svuotamento delle funzioni comunali in sanità, ma se era in certo senso scontato che la scelta tecnocratica fosse la necessaria risposta alle inefficienze delle Usl, non era altrettanto ovvio che alla stessa si accompagnasse una ridefinizione delle funzioni amministrative allocate ai diversi livelli territoriali, ben potendo immaginarsi un modello di governo aziendale che poggiasse sullo stesso impianto di competenze disegnato dal legislatore del 1978; verosimilmente, si trattò di una reazione alle diffuse inefficienze economico-finanziarie di cui i Comuni si erano resi responsabili nel governo delle Usl"¹².

che sia omogeneo e effettivamente fruibile sull'intero territorio nazionale. Il tutto si può garantire solo effettuando un adeguato monitoraggio e valutazione sull'efficacia degli interventi." Cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, in *Astrid – Rassegna*, n. 9/2024, p. 30-31

9 La Commissione dura in carica tre anni a decorrere dalla data di insediamento e svolge le attività previste dall'articolo 1, commi 557 e 558, della l. n. 208/2015. Per lo svolgimento delle attività, la Commissione è supportata da una segreteria tecnico-scientifica operante presso la Direzione generale della programmazione sanitaria. Su richiesta del presidente, alle riunioni della Commissione possono partecipare, per fornire il proprio contributo tecnico-scientifico, rappresentanti del Consiglio superiore di sanità, delle società scientifiche, delle Federazioni dei medici ed esperti esterni competenti nelle specifiche materie trattate

10 "l'accreditamento istituzionale può essere definito come un qualificato strumento di selezione dei soggetti erogatori il cui scopo è quello di ottenere un miglioramento continuo della qualità delle prestazioni, dell'efficienza, dell'organizzazione, dell'uso delle risorse e della formazione [...]. L'accreditamento, da intendersi, dunque, come la capacità di operare, in capo ai soggetti autorizzati, in nome e per conto del sistema sanitario nazionale e regionale, costituisce la forma principale di affidamento prevista per i servizi sanitari". Cfr. C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020, p. 134

11 "Si passa da una visione squisitamente pubblicistica ad un complesso di valori e di regole pratico-operative (ad una vera e propria filosofia di fondo, pertanto) che ha le sue radici nell'humus culturale dell'economia di mercato" Cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, p. 117.

12 Cfr. F. SAITTA, *Autonomie territoriali e governo della sanità*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4/2018, p. 795; Id. *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*, in *Mumus*, 2015, pp. 359 e ss.



È stato messo in evidenza sul punto che: “regionalizzazione ed aziendalizzazione hanno fatto tutt’uno nella riforma del 1992, benché questo esito, anche tutto concedendo alle finalità efficientistiche della riforma, fosse tutt’altro che necessario; non a caso, le successive riforme del 1999 e del 2012 hanno posto qualche correttivo a questa situazione”¹³; nel dettaglio, è stato appunto sottolineato che: “al riordino del 1992-1993 ha poi fatto seguito un ulteriore riassetto organizzativo del Servizio sanitario nazionale: con il decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229 (c.d. «decreto Bindi»), è stata, infatti, approvata una nuova riforma, che, da un lato, ha portato a compimento processi già avviati nel 1992 e, dall’altro, ha recuperato aspetti più vicini alla legge istitutiva del 1978. Sotto il primo profilo, è stato approfondito e radicalizzato il percorso di aziendalizzazione e di privatizzazione degli apparati e dell’attività intrapreso qualche anno prima, sia enfatizzando il ruolo strategico svolto dal direttore generale dell’azienda sanitaria grazie all’atto aziendale di diritto privato, sia assoggettando, in linea di massima, al diritto privato l’attività dell’azienda medesima; per altro verso, si è recuperata in qualche modo «una (moderata) impostazione pubblicistica»”¹⁴

Sotto il profilo della sicurezza sanitaria, il sistema di monitoraggio dei LEA è essenziale: dal 1° gennaio 2020 è cambiato con l’entrata in vigore del Nuovo Sistema di Garanzia (NSG)¹⁵

13 Cfr. PIZZOLATO, *La dimensione territoriale delle cure sanitarie: il principio costituzionale del pluralismo e le politiche comunitarie*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022

14 Cfr. F. SAITTA, *Il servizio sanitario nazionale: punti fermi e prospettive evolutive* (Relazione al Convegno PRIN - PNRR 2022 *Unscrabbling* “Global and European Health Security” - Università della Calabria, 22 ottobre 2024), in *Nuove autonomie*, n.1-2/2024, p. 83. Sul punto si veda altresì: M. NOERA - M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, cit. p. 304 “l’architettura originaria del Ssn era quindi caratterizzata da un’elevata «verticalità decisionale» e da un’ampia capillarità erogativa dei servizi: lo Stato aveva forti funzioni centrali di indirizzo, pianificazione, finanziamento e coordinamento delle attività amministrative delle regioni; i servizi sanitari sul territorio erano organizzati da strutture pubbliche (le Usl) affidate alla responsabilità dei comuni e delle comunità locali. Con le riforme dei primi anni Novanta l’architettura generale del Ssn si modifica lungo tre direttrici: a) un progressivo «decentramento» a favore delle regioni (che si completerà nel 2001 con la riforma del Titolo V della Costituzione); b) l’«aziendalizzazione», cioè l’adozione di criteri di gestione privatistici delle unità territoriali (Asl) e ospedaliere (Ao); c) la «privatizzazione» dei meccanismi regolativi delle prestazioni, attraverso la separazione tra committenti (Asl) e fornitori di servizi sanitari (Ao, laboratori, farmacie, ecc.), che possono indifferentemente essere pubblici o privati, purché selezionati attraverso un processo di accreditamento gestito dalle regioni e remunerati per tipologie di prestazioni secondo un sistema di tariffe definito a livello statale e regionale. In parallelo alla «decentralizzazione» della governance veniva però progressivamente ridotta la capillarità territoriale delle Asl e delle aziende ospedaliere. Questo processo di riorganizzazione, condotto in un contesto di progressivo definanziamento del Ssn, non ha prodotto solo il depauperamento dell’offerta pubblica, ma anche l’ampliamento delle sperequazioni territoriali e la sostanziale disarticolazione del sistema nazionale in venti sistemi regionali con caratteristiche anche molto difformi”.

15 Gli indicatori del NSG - individuati dal DM 12 marzo 2019 (allegato I) sono 88, distribuiti per macro-aree: 16 per la prevenzione collettiva e sanità pubblica; 33 per l’assistenza distrettuale; 24 per l’assistenza ospedaliera; 4 indicatori di contesto per la stima del bisogno sanitario; 1 indicatore di equità sociale; 10 indicatori per il monitoraggio e la valutazione dei percorsi diagnostico-terapeutici assistenziali - PDTA (BPCO, scompenso cardiaco, diabete, tumore mammella nella donna, tumore colon e tumore retto. Il sistema ha poi dei sottoinsiemi

introdotto con il DM 12 marzo 2019 "*Nuovo sistema di garanzia per il monitoraggio dell'assistenza sanitaria*"¹⁶. Questo sistema ha sostituito la cd Griglia LEA¹⁷, cioè lo strumento attraverso cui veniva certificato l'adempimento E) "Mantenimento dell'erogazione dei LEA" - adempimento necessario per le regioni al fine di accedere al maggior finanziamento SSN (quota premiale) - il quale sintetizzava in un unico punteggio la valutazione delle Regioni; il nuovo sistema, diversamente, ai fini del rispetto dei LEA, calcola il punteggio in maniera indipendente, per ogni macro-area¹⁸.

La tutela della salute è incentrata dunque sul Servizio sanitario nazionale (SSN)¹⁹: un sistema di strutture e servizi che hanno lo scopo di garantire a tutti i cittadini, a parità di condizioni, l'accesso alle cure e all'erogazione delle prestazioni sanitarie. È un servizio

"CORE" e "NO CORE". Il primo è un sottoinsieme di 22 indicatori, che si utilizza per valutare l'erogazione dei LEA da parte delle Regioni. Tali indicatori sono suddivisi in tre macro-aree: prevenzione collettiva, assistenza distrettuale, assistenza ospedaliera.

16 Questo nuovo meccanismo, sfruttando le informazioni disponibili sul Nuovo Sistema Informativo Sanitario (NSIS), consente di verificare - secondo parametri di equità, efficacia e appropriatezza - che tutti ricevano le cure e le prestazioni rientranti nei Livelli essenziali di assistenza (LEA).

17 Composto da una serie di indicatori ripartiti tra l'attività di assistenza negli ambienti di vita e di lavoro, l'assistenza distrettuale e l'assistenza ospedaliera, raccolti appunto in una griglia (cd. "Griglia LEA").

18 L'esito risulta positivo nel momento in cui il punteggio di tutte e tre le macro-aree risulti non inferiore a 60

19 "La grande innovazione del sistema universalistico e globale disegnato dalla riforma sanitaria del 1978, rispetto alla precedente frammentazione del sistema di tutela della salute nella dimensione mutualistica, si ispirava ad una concezione classica di stato sociale, finanziato da risorse pubbliche e volto a fornire prestazioni e servizi in grado di rispondere alla domanda di salute complessivamente rilevata; in questa visione il servizio sanitario si era venuto a configurare, sulla base del rilevamento dei bisogni, come funzione pubblica a tutela di un diritto soggettivo che ha gli attributi dell'universalità e della gratuità. Ne restavano, però, irrisolti i nodi del finanziamento: nei primi anni ottanta, all'indomani della riforma, la contribuzione obbligatoria copriva non più del 70% della spesa, mentre le procedure di programmazione previste dalla legge 833 non erano state in grado di decollare, rendendo evidente la criticità finanziaria del sistema (o quantomeno le carenze della fase di attuazione della legge 833). A tali criticità si propone di rispondere il riordino del servizio sanitario nazionale secondo le linee delineate dalla legge di delegazione del 23 ottobre n. 421/1992 ed attuate dal d. lgs. 502/1992. La sua portata si rivela subito, tuttavia, decisamente più incisiva, mirando ad agire sul modello in quanto tale e non solo su alcuni dei suoi caratteri organizzativi, ripensandone le scelte di fondo in una direzione affatto estranea allo schema dello stato sociale ed ai pilastri della universalità e della gratuità (piuttosto guardando al modello tedesco o addirittura a quello statunitense [...]). Ciò che appare originariamente nel disegno del 1992 non è, dunque, un mero riordino, ma costituisce, per l'intenzione e per gli effetti, una vera e propria "riforma della riforma" sanitaria (la seconda dell'Italia repubblicana); destinata, tuttavia, ad essere presto ridimensionata dal decreto correttivo 517/1993, che, in questo quadro, conta come terza riforma. Anche se solo con la quarta riforma si potrà tornare, nel 1999, alla affermazione piena di una funzione pubblica di tutela della salute dispiegata a sostegno del diritto ad una fruizione universale, sostenuta e resa plausibile dalla riconosciuta contestualità tra l'individuazione delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale e l'individuazione dei livelli essenziali uniformi di assistenza da questo garantiti". Cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale*, in *Rivista di BioDiritto*, cit., pp. 128-129. Di recente si veda R. DONINI, *Il Servizio Sanitario Nazionale. Una storia da continuare*, Milano, 2024.



pubblico, svolto *prevalentemente* da soggetti pubblici²⁰: “il fulcro di questo passaggio epocale è rappresentato dalla legge n. 833 del 1978 che, istituendo il servizio sanitario, riconoscendolo come un servizio pubblico, prevedendone l’universalità dell’applicazione a tutti i cittadini e su tutto il territorio nazionale, sancisce in via definitiva la discesa in campo del settore pubblico anche in ambito assistenziale”²¹. Peraltro - come specificato nel rapporto CENSIS 2023: “il Servizio sanitario è molto più che un erogatore di servizi e prestazioni sanitarie indispensabili al benessere e alla qualità della vita delle persone. È un attore primario dello sviluppo italiano perché ogni euro investito in esso (le risorse in sanità vanno intese come investimenti non come spese) ha un effetto altamente positivo sul piano economico, occupazionale, dell’innovazione e della ricerca e anche sulla coesione sociale”.

La legge in oggetto è dunque attuativa del dettato costituzionale: “soltanto, infatti, con l’istituzione del Servizio sanitario nazionale, il legislatore riconosce la natura precettiva, e non semplicemente programmatico del disposto dell’art. 32 e introduce un sistema di assistenza sanitario non più legato a profili di carattere assistenziale, fino a quel tempo, di cui all’art. 38 Cost.”²²

In base alla legge istitutiva “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l’eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L’attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini. Nel servizio sanitario nazionale è assicurato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività. Le associazioni di volontariato possono concorrere ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme stabiliti dalla presente legge”.

20 “Le strutture pubbliche rappresentano oggi il 51,9% degli ospedali; il 16,8% delle strutture di assistenza territoriale residenziale; il 28,9% di quelle semi-residenziali. L’aumento della presenza privata nel sistema sanitario ha comportato una minore copertura sulle prestazioni tipicamente garantite dal pubblico (come ad es. l’oncologia pediatrica o le terapie intensive). Lo shock pandemico è quindi intervenuto su un tessuto sanitario che, sotto molteplici aspetti, aveva indebolito nel tempo le sue capacità di risposta”. Cfr. M. NOERA - M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, cit., p. 301

21 Cfr. C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, cit., p. 130

22 C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, cit., p. 20



Emerge una connotazione della nozione di salute che assume diverse declinazioni sia in termini di *prevenzione e promozione*²³ sia in termini *cura*²⁴.

Con riferimento al primo profilo, l'OMS ha definito la promozione della salute: "il processo che consente alle persone e alle comunità di esercitare un maggiore controllo sulla propria salute e di migliorarla".

Il DPCM 12 gennaio 2017 - nel definire e aggiornare i LEA - ha ridefinito il livello della *Prevenzione*; la denominazione da "Assistenza sanitaria collettiva" diventa "Prevenzione collettiva e sanità pubblica" della quale vengono esplicitati missione (salute della collettività) e obiettivo generale (evitare l'insorgenza delle malattie). Vengono quindi stabilite con maggiore chiarezza attività e prestazioni che caratterizzano i *processi di prevenzione*, rispetto all'ambito assistenziale (su questi profili si tornerà nella seconda parte dell'analisi).

Rimanendo agli aspetti generali del sistema, i suoi principi cardine sono: *universalità, uguaglianza, equità, solidarietà*, principi che - come vedremo - alla luce delle recenti trasformazioni del sistema economico, giuridico e organizzativo, sono stati messi in discussione sotto il profilo della loro effettiva attuazione²⁵.

23 Il concetto di prevenzione della salute nasce in relazione a quello di assistenza sanitaria primaria (si veda la "Dichiarazione di Alma Alta" del 1978 - WHO Conferenza Internazionale), in cui si stabilisce che: "l'assistenza sanitaria primaria riflette e si sviluppa dalle condizioni economiche e dalle caratteristiche socioculturali e politiche di un paese e delle sue comunità essa si fonda sull'applicazione dei risultati significativi ottenuti dalla ricerca sociale, biomedica e nei servizi sanitari e sull'esperienza maturata in sanità pubblica".

24 La tutela della salute può risolversi in termini di tutela dell'integrità fisica, di trattamenti sanitari, del diritto all'autodeterminazione, al benessere complessivo. Sulla molteplicità e diversità della declinazione del diritto alla salute, si veda C. CASONATO, *La salute e i suoi confini. Una prospettiva comparata*, in G. CERRINA FERONI - M. LIVI BACCI - A. PETRETTO (a cura di), *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, Firenze, 2017. Con riferimento alla 'dimensione individuale', si è messo in evidenza che: "la propensione individuale agli stili di vita salutari, ed anche la legacy dell'impegno pubblico politico-istituzionale sulla loro diffusione, deve però fare i conti sia con un'antica residualità della prevenzione sanitaria rispetto ad altri comparti della sanità pubblica ed, in particolare, rispetto al ruolo dell'intervento ospedaliero, sia con gli effetti della crisi economico-finanziaria sulle ristrettezze dei bilanci pubblici, ed anche delle famiglie, che a causa della crisi economica hanno avuto ripercussioni negative di ogni settore. In questo nuovo contesto è alto il rischio che la prevenzione subisca un ulteriore ridimensionamento come componente della spesa sanitaria pubblica, e che questo processo di downsizing si estenda anche alla spesa privata e all'impegno individuale degli italiani". Cfr. V. ATELLA, E. BORGONOV, C. COLLICELLI, J. KOPINSKA, F. LECCI e F. MAIETTA, *La prevenzione come elemento per la sostenibilità del SSN*, in *Quaderni della Fondazione Farmafactoring*, n. 1/2014, p. 23

25 "È innegabile che negli ultimi decenni quelle prescrizioni contenute nell'art. 1 della Legge istitutiva del SSN abbiano subito una torsione. Le prestazioni sanitarie non sono sempre garantite in modo eguale in tutto il territorio della Repubblica; l'accesso al SSN non segue ovunque criteri di equità; una serie di deroghe ha messo a dura prova quel principio di universalità che era stato declinato dal legislatore del 1978 come scelta di un servizio basato sulla fiscalità generale". Cfr. I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, p. 15



L'*universalità* (che non significa gratuità) implica l'accesso alle cure per l'intera popolazione²⁶ e, in un'ottica di più ampio respiro, la promozione della salute (in termini di prevenzione) dell'intera comunità; da qui una capillare organizzazione su tutto il territorio nazionale ai fini dell'erogazione delle prestazioni da parte di Aziende sanitarie locali, Aziende ospedaliere e da strutture private convenzionate con il SSN²⁷.

In particolare, l'Azienda sanitaria locale (ASL) - in talune regioni denominata con altri acronimi (es. ASP in Calabria e Sicilia, ATS per la Lombardia, etc.) - adempie ai compiti del Servizio Sanitario Nazionale in un determinato ambito territoriale, che può essere un comune, una provincia o un insieme di città. Ciò significa che ogni cittadino ha una ASL di appartenenza a cui rivolgersi per determinati servizi di genere sanitario (per poter accedere a determinati servizi, è necessario presentare una richiesta compilata dal medico di base o da uno specialista e autorizzata dalla ASL di riferimento). Nel dettaglio, le ASL sono organizzate in vari dipartimenti, servizi sanitari territoriali e presidi ospedalieri e comprendono diversi ambiti: consultorio, dipartimento di prevenzione²⁸, servizio di comunità assistenziale, servizio per le dipendenze patologiche, ambulatori per esami specialistici, assistenza domiciliare e per

26 In merito è stato però messo in evidenza che: "siamo di fronte ad un pericolo imminente: il superamento dell'universalismo sanitario del SSN con l'avvio di fatto di un universalismo selettivo la cui conseguenza sarà una sanità che si rivolge prioritariamente ai poveri, progressivamente più povera, aggravando quelle disuguaglianze che sempre più caratterizzano il nostro Paese. È unanimemente riconosciuto che già oggi le differenze inaccettabili nella società, in rapporto a istruzione, condizioni di vita e di lavoro, età e genere portano anche a disuguaglianze di salute. Le persone socialmente più disagiate si ammalano di più ed hanno maggiori difficoltà di accesso tempestivo a servizi di buona qualità. La fine dell'universalismo peggiorerà ulteriormente le cose". Cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, cit., p. 9

27 Facendo riferimento ai dati aggiornati all'11 ottobre 2019, le strutture sanitarie per la presa in carico del paziente nei suoi diversi bisogni assistenziali sono oltre 27 mila. In particolare: 1.000 per l'assistenza ospedaliera; 8.867 per l'assistenza specialistica ambulatoriale; 7.372 per l'assistenza territoriale residenziale; 3.086 per l'assistenza territoriale semiresidenziale; 5.586 per l'altra assistenza territoriale; 1.122 per l'assistenza riabilitativa (ex. art. 26 L. 833/78)

28 Le Aziende Sanitarie locali svolgono un ruolo chiave anche nelle attività di prevenzione, mediante un'organizzazione dipartimentale e distrettuale. Si veda il *Dipartimento di Prevenzione Medica*, che interviene sulla collettività e sul singolo per il controllo dei rischi e la promozione della salute attraverso azioni tendenti a conoscere, prevedere e prevenire situazioni di rischio negli ambienti di vita e di lavoro e promuovere comportamenti congrui dei singoli e della collettività; il *Dipartimento di Cure Primarie*, che svolge attività di programmazione, organizzazione e coordinamento del sistema delle cure sanitarie primarie erogate dai professionisti convenzionati cui competono le attività territoriali di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, ambulatoriali e domiciliari, nonché le attività di continuità assistenziale e di assistenza protesica; il *Dipartimento per le attività Socio-Sanitarie Integrate* (ASSI), che gestisce gli obiettivi tecnici ed economici per le aree di competenza (famiglia, fragilità, cure domiciliari), attraverso la programmazione, valutazione, monitoraggio e il coordinamento funzionale delle attività socio-sanitarie erogate dai Distretti; il *Dipartimento Dipendenze*, a cui fanno riferimento i Servizi territoriali che rispondono al bisogno di cura e di assistenza delle persone dipendenti da droghe, alcol e da altre forme di dipendenza; la rete dei *Centri Psico-Sociali* (CPS), che svolgono attività psicodiagnostiche, di assistenza psichiatrica e psicoterapeutica individuale, di gruppo e per la famiglia, oltre che programmi riabilitativi e coordinano il servizio psichiatrico domiciliare. Fanno capo alle Unità Operative Psichiatriche per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle malattie psicologiche e del comportamento.



residenze socio-sanitarie, servizi per la salute mentale, servizi per prestazioni CUP, medici di famiglia convenzionati, pediatri, Sert.

L'accesso alle suddette prestazioni - in base al secondo principio tra quelli sopra citati, quello di *uguaglianza* - avviene senza distinzione alcuna relativamente alle condizioni individuali, sociali ed economiche. L'eguaglianza implica dunque che sia garantita l'assistenza a soggetti che, diversamente, sarebbero penalizzati dalla loro condizione personale e sociale²⁹.

Secondo una consolidata giurisprudenza sono ricompresi anche gli stranieri: *“il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto” (ex plurimis, le sentenze n. 509 del 2000, n. 309 del 1999 e n. 267 del 1998). Questo “nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso”*.³⁰

Va da sé che per garantire *universalità* e *uguaglianza* si fa leva sulla fiscalità generale la quale viene a sostenere il sistema sanitario nazionale³¹. Ciò non implica comunque gratuità assoluta posto che, chi non rientra tra le cd categorie esenti, deve pagare un *ticket* che varia a seconda della tipologia di prestazione, il che si connette, più in generale, alla controversa nozione di salute come diritto *“finanziariamente condizionato”*.³²

29 In merito, G.G. CARBONI, *Il diritto alla salute e l'eguaglianza territoriale*, in *federalismi.it*, n. 8/2020

30 Cfr. Corte Costituzionale n. 252/2001. In merito, si veda altresì la sentenza n. 269 del 2010 la quale, in riferimento alle politiche regionali sull'immigrazione e la salute degli stranieri irregolari, ha affermato l'universalità del SSN esteso a chiunque si trovi sul territorio della Repubblica. In merito a quest'ultima sentenza si vedano F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, n. 5/2011, nonché D. MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giur. cost.*, n. 4/2010

31 “Nessuno, fra i vari diritti sociali, dipende come il diritto alla salute, dalle risorse pubbliche che vengono stanziare [...]. Tra tutti diritti sociali, è quello più condizionato dalle risorse finanziarie. Risorse finanziarie che, per questo diritto, sono necessarie in misura sempre maggiore: lo sviluppo tecnologico e la ricerca scientifica permettono con velocità il raggiungimento di straordinari traguardi. Si pensi ai nuovi farmaci oncologici che permettono oggi di intervenire efficacemente su tumori ritenuti in curabili fino a pochi anni fa: i nuovi rimedi, tuttavia, sono molto costosi”. Cfr. L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *federalismi.it*, n. 22/2017. La spesa sanitaria del 2024 è pari a 130 miliardi di euro

32 In termini critici si veda B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale*, in *Rivista di BioDiritto*, cit., pp. 126 - 127: “applicata al diritto costituzionale alla salute, la formula tralatizia del diritto finanziariamente condizionato appare semplicistica e fuorviante, rivelando tutta la sua

In merito, la Corte Costituzionale - sentenza n. 203/2008 - ha affermato infatti che: *“l’esigenza di adottare misure efficaci di contenimento della spesa sanitaria e la necessità di garantire, nello stesso tempo, a tutti i cittadini, a parità di condizioni, una serie di prestazioni che rientrano nei livelli essenziali di assistenza (entrambe fornite di basi costituzionali messe in rilievo dalla giurisprudenza di questa Corte), rendono compatibile con la Costituzione la previsione di un ticket fisso, anche se non si tratta dell’unica forma possibile per realizzare gli obiettivi prima indicati. Lo scopo perseguito è, da una parte, quello di evitare l’aumento incontrollato della spesa sanitaria, derivante dall’inesistenza di ogni forma di compartecipazione ai costi da parte degli assistiti, e, dall’altra, quello di non rendere più o meno onerose nelle diverse Regioni prestazioni che si collocano nella fascia delle prestazioni minime indispensabili per assicurare a tutti i cittadini il godimento del diritto alla salute”*. Nello stesso senso, successivamente, la Corte Costituzionale - sentenza n. 187/2012 - ha affermato che: *“la disciplina in materia di ticket, determinando il costo per gli assistiti dei relativi servizi sanitari, non costituisce solo un principio di coordinamento della finanza pubblica diretto al contenimento della spesa sanitaria, ma incide anche sulla quantità e sulla qualità delle prestazioni garantite, e, quindi, sui livelli essenziali di assistenza. La misura della compartecipazione deve essere omogenea su tutto il territorio nazionale”*.

C’è da mettere però in evidenza che, sempre la Corte - nella sentenza n. 275/2016 - ha affermato che è: *“la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”*.

In merito a questa sentenza, la dottrina ha sottolineato che la suddetta affermazione “non poteva non saltare subito all’occhio e che dovrebbe servire a ribadire l’esistenza di un nucleo

ambiguità al confronto con la natura fondamentale del diritto. Il diritto sociale alla salute non può essere concepito come un diritto diversamente o maggiormente condizionato finanziariamente rispetto ad ogni altro diritto la cui attuazione richiede, evidentemente, erogazioni di spesa: esso è certamente condizionato all’attuazione del legislatore, il quale, a sua volta, nel suo agire, non può prescindere dai vincoli finanziari nell’esercizio della sua discrezionalità, ma per il quale l’equilibrio finanziario – per quanta rilevanza abbia acquisito anche in riferimento alla riforma costituzionale dell’art. 81 Cost. - non costituisce uno scopo *autosufficiente e irrelato* [...]. La formula del diritto finanziariamente condizionato non può, quindi, essere intesa nel senso che spetti, in ultima analisi, alla decisione finanziaria definire il contenuto delle prestazioni, quindi del diritto, mentre è vero esattamente il contrario: le prestazioni per l’attuazione del diritto sono dovute in quanto tali (sono essenziali) e sul legislatore insiste il preciso dovere di garantirne in condizioni di efficacia ed efficienza gestionale le risorse finanziarie necessarie, sotto il controllo della giurisprudenza costituzionale”. Nello stesso senso, G. CREPALDI, *Dai lea ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, II Co., lett. M), Cost.*, cit., p. 67: “La limitatezza delle risorse può assumere un peso preponderante nella determinazione dei livelli essenziali. Perciò si è ritenuto che l’essentialità dei livelli non si riferisca alle prestazioni necessarie e sufficienti a garantire il diritto alla salute ma, piuttosto, alle risorse finanziarie disponibili. In tale contesto, sarebbe da considerarsi essenziale il massimo livello di prestazioni assistenziali possibile in relazione alla misura limitata e predefinita di risorse a disposizione. Tale ricostruzione, coerente con la ricostruzione del diritto sociale alla salute come finanziariamente condizionato, non pare in sintonia con la legge e con la Costituzione. L’obiettivo dell’art. 32 Cost., e delle leggi che, in tempi diversi, hanno imposto la determinazione dei lea, non è certo quello di subordinare il soddisfacimento del diritto alla salute alle esigenze della finanza pubblica ma, piuttosto, di conseguire l’uniforme garanzia del diritto alla salute pur tenendo conto della mutevole consistenza delle risorse destinate alla sanità”.



dei diritti fondamentali rimasto ancora intangibile per le politiche di contenimento della spesa pubblica: quell'area che, quasi un decennio orsono, la stessa Consulta aveva definito «nucleo indefettibile di garanzie» e che potrebbe rimettere in discussione l'idea del condizionamento finanziario dei diritti fondamentali. L'uso del condizionale non è casuale, anche perché il Consiglio di Stato ha, invece, recentemente ribadito, da un lato, che, «[i]n materia sanitaria, in presenza di una inevitabile limitatezza delle risorse, non è pensabile di poter spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni, quale ne sia la gravità e l'urgenza, poiché è la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie»; dall'altro, che la stessa definizione dei L.E.A. «non solo è finalizzata ad offrire, in positivo, un catalogo delle prestazioni che lo Stato è tenuto a garantire per assicurare l'effettività del diritto alla salute, ma va considerata anche come il limite che le singole regioni non possono superare senza creare uno squilibrio delle proprie risorse finanziarie»³³.

Sugli aspetti relativi alla spesa e al bilancio dello Stato³⁴, si tornerà sia nella parte del contributo relativa alla fase di programmazione nazionale sia nella parte in cui verranno messe in evidenza le criticità del sistema - posto che la «rimodulazione» della spesa (in attuazione al principio di pareggio di bilancio introdotto con la legge costituzionale n. 1 del 20 aprile 2012), è uno dei fattori di maggiore criticità³⁵.

Tornando invece ai principi, tra quelli fin qui richiamati, quello di *equità* (che soffre le maggiori criticità) determina la necessità di garantire a tutti qualità, efficienza, appropriatezza e trasparenza del servizio e delle prestazioni; il che implica che venga data la possibilità di scelta al cittadino in merito al luogo di cura, alle terapie, etc., nonché l'obbligo di porre in essere una comunicazione corretta (cd consenso informato).

33 Cfr. F. SAITTA, *Il servizio sanitario nazionale: punti fermi e prospettive evolutive* (Relazione al Convegno PRIN - PNRR 2022 *Unscrabbling* "Global and European Health Security") cit., p. 85

34 Sul tema si veda C. COLAPIETRO, *L'effettività costituzionale del diritto alla salute nella dimensione multilivello*, in Scritti in memoria di B. Caravita di Toritto, (a cura di) L. Casseti - F. Fabrizzi - A. Morrone - F. Savastano - A. Sterpa, Tomo II, Napoli, 2024, pp. 1865 e ss.; S. SPATOLA, *Il solito dilemma: il finanziamento della salute tra effettività della tutela ed esigenze di bilancio. Evoluzione, critiche e prospettive alla luce del recente dibattito sociale*, in *Corti supreme e salute*, n. 3/2023.

35 È stato messo in evidenza, in merito, che: «la legge n. 833 del 1978, che ha istituito il SSN, si è rivelata uno strumento efficace per garantire la tutela della salute, le cure e la prevenzione in linea sia con l'evoluzione scientifica e tecnologica, sia con il dettato costituzionale. Oggi, però, l'art. 1 della disposizione legislativa che ha istituito il SSN e ne ha esplicitato le finalità ultime, definendolo eguale, universale ed equo è in discussione. È necessario, pertanto, chiedersi quanto quest'ultimo - pur avendo rappresentato una conquista di civiltà e uno strumento di tutela inclusiva, solidale e aperto a tutti - sia ancora sostenibile in un'epoca di tagli ragguardevoli al finanziamento della sanità pubblica». Cfr. I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale*, oggi, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, p. 14

Su quest'ultimo profilo, c'è peraltro un'ampia legislazione la quale, virtù della intersezione/sovrapposizione di più testi normativi (di carattere europeo e nazionale) a cui si aggiungono numerosissime linee guide dei Comitati etici³⁶, non è di semplice analisi. Si veda appunto il Regolamento UE n. 679/2016 sulla protezione dei dati³⁷, nonché il Regolamento UE n. 536/2014 per quanto concerne il profilo della sperimentazione clinica (che impatta sul tema della tutela e del trattamento dei dati medesimi); a livello interno il *Codice della privacy* (come modificato dal d.l. n. 139/2021, convertito con la l. n. 205/2021)³⁸.

Ovviamente il profilo dell'equità, come si evince dal PNP, attiene anche alla prevenzione: *“il profilo di salute ed equità della comunità rappresenta il punto di partenza per la condivisione con la comunità e l'identificazione di obiettivi, priorità e azioni sui quali attivare le risorse della prevenzione e al tempo stesso misurare i cambiamenti del contesto e dello stato di salute, confrontare l'offerta dei servizi con i bisogni della popolazione, monitorando e valutando lo stato di avanzamento nonché l'efficacia delle azioni messe in campo. Pertanto esso è uno strumento irrinunciabile a sostegno di istituzioni, decisori e operatori”*.

Come si vedrà nel paragrafo in cui sono messe in evidenza le criticità del sistema, l'equità è messa in crisi dalla evidente asimmetria connessa alla differente percentuale di mortalità all'interno del territorio nazionale, laddove vi è una penalizzazione delle aree geografiche e delle comunità più deboli. Come specificato nel Piano nazionale della prevenzione 2020 - 2025: *“i determinanti sociali di salute, a cui sono imputabili molte delle variazioni e disuguaglianze di salute nella popolazione, sono in gran parte evitabili chiamando in causa la responsabilità, a tutti i livelli - nazionale, regionale e locale -, delle politiche non sanitarie (scuola, lavoro, ambiente, ecc.) e di quelle sanitarie, queste ultime nel loro duplice ruolo di promozione/erogazione di prevenzione/assistenza e di regia verso altri settori”*.

36 “I Comitati Etici (CE), noti negli Stati Uniti come Institutional Review Boards (IRB), sono organismi indipendenti e multidisciplinari la cui principale funzione è la valutazione degli aspetti etici e scientifici delle sperimentazioni cliniche al fine di tutelare i diritti, la sicurezza e il benessere delle persone coinvolte. Per l'attività di valutazione e decisione circa l'ammissibilità delle sperimentazioni, i CE fanno riferimento a documenti e strumenti giuridici condivisi a livello internazionale e alle normative vigenti in tale ambito a livello nazionale e internazionale”. Cfr. S. GAINOTTI - G. FLORIDIA - L. RIVA - C. PETRINI, *Comitati Etici prima e dopo il Regolamento Europeo 536/2014*, in *Not. Ist. Super Sanità*, 2022. Sui comitati etici, si veda F. G. CUTTAIA, *La centralità dei comitati etici nelle procedure autorizzatorie delle sperimentazioni cliniche riguardanti farmaci e dispositivi medici e l'evoluzione prospettica delle loro funzioni*, in *Rivista IUS et SALUS*, 12/2020

37 In merito si veda C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2018; R. D'ORAZIO - G. FINOCCHIARO - O. POLLICINO - G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021; F. PIZZETTI (a cura di), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021; M. MAGLI - M. POLINI - N. TILLI (a cura di) *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La privacy dopo il regolamento UE 2016/679*, Santarcangelo di Romagna, 2017

38 Sul tema si veda F. FRANCIOSI, *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione*, in *www.giustiziainsieme.it*

Alla luce di quanto fin qui evidenziato, emerge un quadro ampio in cui Stato, Regioni, Aziende e Comuni - nei rispettivi ambiti di competenze - devono collaborare (altro aspetto, questo, che ha prestato il fianco a non poche criticità avallate, come vedremo, dal *sistema competitivo* che si è innescato tra regioni e dal problema della sorveglianza epidemiologica), al fine di assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi su tutto il territorio nazionale e livelli delle prestazioni sanitarie adeguate per tutti i cittadini.

Sebbene gli aspetti transnazionali non siano oggetto di questa analisi (l'Unione Europea ha evitato di entrare nella disciplina della materia, lasciando alla legislazione dei singoli stati l'organizzazione dei servizi), è opportuno comunque mettere in evidenza che, soprattutto negli ultimi anni, i meccanismi di coordinamento, cooperazione e partenariato (a tutti i livelli) caratterizzano l'elemento portante della strategia europea: "Strategia globale dell'UE in materia di salute - Una salute migliore per tutti in un mondo che cambia".

Nelle conclusioni del 29 gennaio 2024, il Consiglio europeo - anche alla luce delle criticità e dei danni alla salute per effetto della pandemia - ha messo appunto in evidenza la necessità di *"rafforzare il sistema multilaterale e accelerare partenariati globali, regionali e bilaterali equi e reciprocamente vantaggiosi basati sulla solidarietà, la cotitolarità e la corresponsabilità, promuovere la preparazione, la resilienza e l'autonomia strategica aperta e adottare un approccio "salute in tutte le politiche" multisettoriale che coinvolga tutti i pertinenti settori di intervento e strumenti disponibili."*³⁹ Prima di analizzare gli aspetti positivi, le criticità del sistema interno così da proporre talune soluzioni, è necessario soffermarsi ulteriormente sull'assetto del medesimo; nel dettaglio, sul ruolo della programmazione e, in particolare, quella nazionale.

³⁹ Il Consiglio, accogliendo con favore la strategia e invita la Commissione, l'alto rappresentante e gli Stati membri, nell'ambito dei rispettivi mandati e delle rispettive competenze, ad applicare i principi guida e ad attuare, se del caso, le linee d'azione e le iniziative ivi proposte, anche mediante: azioni concrete per promuovere la salute globale in tutti i settori pertinenti, che comprendono la sanità pubblica, il clima e l'ambiente, la ricerca e l'innovazione, la digitalizzazione, l'istruzione, la protezione sociale, l'acqua e i servizi igienico-sanitari, l'agricoltura e i sistemi alimentari, la lotta alla corruzione, il commercio, la cooperazione internazionale allo sviluppo, i meccanismi di protezione civile e l'assistenza umanitaria, nonché in tutti i pertinenti strumenti di finanziamento del bilancio dell'UE e in tutte le istituzioni finanziarie, mediante l'attuazione dell'approccio "salute in tutte le politiche" e la promozione di sinergie con i quadri, le iniziative e le politiche pertinenti dell'UE; il rafforzamento di un approccio trasformativo che affronti le cause profonde delle disuguaglianze di genere; l'assunzione di un ruolo proattivo e costruttivo per rafforzare la cooperazione multilaterale colmando le lacune esistenti in materia di governance globale e garantendo la complementarità e la coerenza delle azioni, con al centro un'OMS rafforzata e più efficace, responsabile e finanziata in modo sostenibile, prendendo atto del fatto che la richiesta dell'UE di ottenere lo status di osservatore formale presso l'OMS potrebbe essere affrontata e decisa nelle pertinenti strutture del Consiglio; l'ampliamento dei partenariati bilaterali, regionali, transregionali e globali in linea con le priorità individuate nella strategia e la messa a punto di risposte mirate a livello nazionale e regionale attraverso un approccio Team Europa, l'attuazione delle iniziative Team Europa, anche sostenendo le comunità locali e le organizzazioni della società civile, nonché l'impegno attivo in attività di sensibilizzazione, compresi i dialoghi politici e sui diritti umani con i paesi partner; l'elaborazione periodica di un bilancio sui progressi e sull'impatto della strategia, a partire dal 2024 al più tardi".



2. Programmazione nazionale (in particolare sotto il profilo della spesa).

Per quanto concerne la programmazione, la stessa assume un ruolo essenziale, nonostante ad oggi sia vigente ancora il PSN 2006-2008, a cui si è ovviato tramite il cd Patto per la salute (da ultimo il quello 2019-2021: un accordo finanziario e programmatico tra Governo e Regioni, di durata triennale, in merito alla spesa e alla programmazione del Servizio Sanitario Nazionale).

La programmazione è dunque un principio fondamentale in materia di tutela della salute, elemento centrale e qualificante del Servizio sanitario nazionale⁴⁰. Si sviluppa su un doppio binario: un piano nazionale sanitario (PSN)⁴¹ e un piano regionale (PSR).

Il primo viene predisposto dal Governo su proposta del Ministro della salute tenuto conto delle proposte provenienti dalle Regioni⁴²; viene adottato con Decreto del Presidente della

40 “Dopo l’iniziale fervore culturale, professionale e civile seguito all’istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (L. 23/12/1978 n.833) sono subito iniziati attacchi al sistema che anno dopo anno, decreto dopo decreto, normativa dopo normativa hanno creato un “corpus iuris” blindato, autoreferenziale e autoprotettivo abbandonando così, via via, l’anima strutturale e la base culturale contenuta negli ideali e nelle mission della legge 833”. Cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, cit., p. 11

41 “Il Piano Sanitario Nazionale, come è noto, ha avuto un successo relativo, tanto che l’ultimo approvato è quello relativo al triennio 2006 – 2008, emanato con il d.p.r. 7 aprile 2006. A questo piano, non più replicato, si sono aggiunti, però, una pluralità di piani successivi, tutti approvati con il concorso delle regioni, e cioè previa intesa o con accordi. E così, per esempio, è stato approvato da ultimo il Piano Nazionale della Prevenzione 2020 – 2025, adottato con intesa stato – regioni 6 agosto 2020, preceduto dal Patto per la Salute per il periodo 2019 – 2021, approvato dalla Conferenza stato-regioni il 18 dicembre 2019, dal Piano Nazionale della Cronicità, approvato previo accordo stato-regioni il 15 settembre 2016, dal Piano Nazionale di Governo delle Liste di Attesa 2019 – 2021 (approvato previa intesa 21 febbraio 2015), dal Piano Coordinamento Nazionale dei controlli sui prodotti chimici (approvato previo accordo il 7 maggio 2015), dal Piano Nazionale per la Prevenzione Vaccinale, tutti risultanti da intese stato-regioni. A *latere*, vi è l’osservatorio per la programmazione sanitaria, istituito il 22 settembre 2020, e il nuovo sistema di garanzia approvato con d.m. 12 marzo 2019, sempre previa intesa. Il coinvolgimento delle regioni è stato previsto anche per i nuovi livelli essenziali di assistenza, approvati con il d.p.c.m. 12 gennaio 2017. Può dirsi, perciò, che il sistema dell’intesa o addirittura dell’accordo è un sistema ormai diffuso se non naturale per la sanità pubblica. Persino la normazione volta a porre rimedio alla pandemia Covid, dopo incertezze iniziali, ha coinvolto sia nella previsione legislativa che nei d.p.c.m. anche le regioni”. Cfr. C. E. GALLO, *Leale collaborazione tra Stato e Regioni e patti per la salute*, in www.giustamm.it

42 “Il coinvolgimento delle regioni nella pianificazione sanitaria è una caratteristica originaria di questo sistema. Già la legge 833 del 1978 prevedeva un coinvolgimento delle regioni sia pure in un modo non particolarmente significativo, poiché l’art. 3 della medesima stabiliva in modo generico che lo stato dovesse fissare gli obiettivi della programmazione sanitaria nazionale “con il concorso delle regioni”. Quel concorso, che si esprimeva attraverso il coinvolgimento delle regioni nel Consiglio Sanitario nazionale che doveva esprimere un parere sul piano sanitario nazionale, siccome previsto dall’art. 53 della stessa legge, risultava, però, limitato ed è stato considerato sostanzialmente inappagante. L’evoluzione successiva ha inciso significativamente nel sistema, con l’attribuzione alle regioni di un ruolo estremamente più significativo operato dal d. lgs. n. 502 del 1992. Il decreto, infatti, all’art. 1 prevedeva da un lato l’obbligo per il governo di tener conto delle proposte presentate dalle regioni entro il 31 luglio dell’ultimo anno di vigenza del piano precedente e dall’altro che il piano dovesse essere adottato con un d.p.r., d’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo stato, le regioni e le province autonome.

Repubblica previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, d'intesa con la Conferenza unificata e ha durata triennale.

Il Piano sanitario nazionale stabilisce (per il periodo della sua durata) numerosi obiettivi e punti di carattere economico e organizzativo; si prevedono infatti: *“gli indici e gli standards nazionali da assumere per la ripartizione del fondo sanitario nazionale tra le regioni, al fine di realizzare in tutto il territorio nazionale un’equilibrata organizzazione dei servizi, anche attraverso una destinazione delle risorse per settori fondamentali di intervento, con limiti differenziati per gruppi di spese correnti e per gli investimenti, prevedendo in particolare gli indici nazionali e regionali relativi ai posti letto e la ripartizione quantitativa degli stessi”*⁴³.

Si prevedono altresì: *“gli indirizzi ai quali devono uniformarsi le regioni nella ripartizione della quota regionale ad esse assegnata fra le unità sanitarie locali; i criteri e gli indirizzi ai quali deve riferirsi la legislazione regionale per la organizzazione dei servizi fondamentali previsti dalla presente legge e per gli organici del personale addetto al servizio sanitario nazionale; le norme generali di erogazione delle prestazioni sanitarie, nonché le fasi o le modalità della graduale unificazione delle stesse e del corrispondente adeguamento, salvo provvedimenti di fiscalizzazione dei contributi assicurativi; gli indirizzi ai quali devono riferirsi i piani regionali; gli obiettivi fondamentali relativi alla formazione e all’aggiornamento del personale addetto al servizio sanitario nazionale, con particolare riferimento alle funzioni tecnico-professionali, organizzative e gestionali e alle necessità quantitative dello stesso; le procedure e le modalità per verifiche periodiche dello stato di attuazione del piano e della sua idoneità a perseguire gli obiettivi che sono stati previsti; le esigenze prioritarie del servizio sanitario nazionale in ordine alla ricerca biomedica e ad altri settori attinenti alla tutela della salute; le procedure e le modalità per verifiche periodiche dello stato di attuazione del piano e della sua idoneità a perseguire gli obiettivi che sono stati previsti; le esigenze prioritarie del servizio sanitario nazionale in ordine alla ricerca biomedica e ad altri settori attinenti alla tutela della salute”*.

Appariva così l’espressione “d’intesa” che è la manifestazione massima del coinvolgimento regionale ed è quello che come si è visto secondo la Corte Costituzionale costituisce il massimo della leale collaborazione. Il successivo d. lgs. n. 229 del 1999, all’art. 1, conferma la previsione, introducendo in luogo della Conferenza permanente la conferenza unificata stato-regioni, nell’ambito di un quadro di regole e principi molto più articolato e di una regionalizzazione più accentuata”. Cfr. C. E. GALLO, *Leale collaborazione tra Stato e Regioni e patti per la salute*, in www.giustamm.it

43 *“Quanto agli investimenti il piano deve prevedere che essi siano destinati alle regioni nelle quali la dotazione di posti letto e di altri presidi e strutture sanitarie risulti inferiore agli indici normali indicati dal piano stesso. Ai fini della valutazione della priorità di investimento il piano tiene conto anche delle disponibilità, nelle varie regioni, di posti letto, presidi e strutture sanitarie di istituzioni convenzionate. Il piano prevede inoltre la sospensione di ogni investimento (se non per completamenti e ristrutturazioni dimostrate assolutamente urgenti ed indispensabili) nelle regioni la cui dotazione di posti letto e di altri presidi e strutture sanitarie raggiunge o supera i suddetti indici”*.



Il D. lgs. n. 502/1992 cd riforma-bis⁴⁴ (volto alla razionalizzazione e alla revisione della disciplina in materia di sanità) ha poi specificato che il Piano sanitario nazionale indica: “a) le aree prioritarie di intervento anche ai fini del riequilibrio territoriale delle condizioni sanitarie della popolazione; b) i livelli uniformi di assistenza sanitaria da individuare sulla base anche di dati epidemiologici e clinici, con la specificazione delle prestazioni da garantire a tutti i cittadini, rapportati al volume delle risorse a disposizione; c) i progetti-obiettivo da realizzare anche mediante la integrazione funzionale e operativa dei servizi sanitari e dei servizi socio-assistenziali degli enti locali, fermo restando il disposto dell’articolo 30 della legge 27 dicembre 1983, n. 730, in materia di attribuzione degli oneri relativi; d) le esigenze prioritarie in materia di ricerca biomedica e di ricerca sanitaria applicata, orientata anche alla sanità pubblica veterinaria, alle funzioni gestionali ed alla valutazione dei servizi e delle attività svolte; e) gli indirizzi relativi alla formazione di base del personale”. Questo intervento legislativo sancisce altresì la separazione del concetto di erogazione dal concetto di garanzia della prestazione, dunque tra *attività di governo* e *attività di prestazione del servizio*, mettendo così in competizione il presidio pubblico e presidio privato⁴⁵ con scelta rimessa al cittadino (principio di libera scelta del medico e del luogo di cura⁴⁶), profilo che, come si vedrà, è oggetto di non poche criticità.

In merito al rapporto pubblico – privato è stato di recente messo in evidenza in dottrina che: “il carattere fondamentale del diritto alla salute, pur imponendo indubbiamente puntuali doveri di cura in capo ai soggetti pubblici coinvolti nell’erogazione delle prestazioni sanitarie, non implica la realizzazione di un sistema caratterizzato dal monopolio pubblico dell’offerta

44 “Si è trattato di un provvedimento che riforma profondamente la legge istitutiva del SSN, la L. 833 del 1978. Viene radicalmente modificato il meccanismo di finanziamento del sistema sanitario: i fondi alle Regioni vengono erogati in relazione al numero degli abitanti (quota capitaria) e non più sulla “spesa storica” e il “più di lista”. La responsabilità del pareggio di bilancio viene attribuita alle Regioni e i Comuni vengono privati di ogni competenza e responsabilità in campo sanitario. Le Unità Sanitarie Locali sono trasformate in Aziende e al direttore generale viene attribuita la massima responsabilità economico finanziaria”. Cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, cit., p. 12

45 “Originariamente la legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, relegava gli operatori privati in un ruolo ancillare e secondario, poiché il legislatore, animato dal timore di una sottoutilizzazione delle strutture pubbliche, aveva ritenuto che la materia della tutela della salute dovesse considerarsi un ambito sostanzialmente riservato all’apparato statale. Seppur l’art. 32 della Costituzione non prediligesse espressamente il modello pubblicistico, si ritenne che i principi ispiratori del riconoscimento del diritto *de quo*, quali l’uguaglianza, la parità di trattamento e l’universalità dei destinatari, potessero essere garantiti esclusivamente *manu publica*, dovendosi, quindi escludere una maggiore apertura al mercato ed alle sue logiche concorrenziali”. Cfr. P. D’ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale ed innovazione digitale*, cit., p. 219-220

46 “Il modello c.d. “aperto”, ruotava attorno a due pilastri: la garanzia della libertà di scelta dell’utente al momento della domanda della prestazione, discendente dalla definitiva parificazione di strutture private e pubbliche nell’esercizio dell’attività sanitaria e l’inserimento dei privati all’interno del sistema pubblico attraverso l’accreditamento”. Cfr. P. D’ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale ed innovazione digitale*, cit., p. 221-222



sanitaria; com'è stato recentemente ribadito, anzi, il principio di sussidiarietà orizzontale sembra precludere, (anche) nel settore sanitario, opzioni ispirate a logiche monopolistiche".⁴⁷

Tra gli aspetti di maggiore rilievo vi è la *ripartizione dei fondi* e dunque la spesa generale per la sanità⁴⁸ la quale, come detto, attinge dalla fiscalità generale: "la provvista derivante dalla tassazione dei cittadini consente un trasferimento diretto alla Regione delle risorse necessarie per consentire il funzionamento del proprio sistema della salute, attraverso il riparto tra le Unità sanitarie locali. Strumento primario per il funzionamento del sistema è il Fondo sanitario nazionale, imperniato sulla finanza derivata e consistente quindi, da un lato, nell'accentramento della raccolta dei mezzi finanziari ad opera dello Stato, drenati mediante il sistema erariale (tassazione dei cittadini) e fatti confluire nel bilancio dello stesso, e, dall'altro, nelle ripartizioni delle risorse stesse tra le Regioni e da queste distribuite alle singole Unità sanitarie locali, braccio operativo dei Comuni."⁴⁹

In merito agli aspetti finanziari, oggetto di continui interventi legislativi tesi già dal 1992 (con la previsione anche dei contributi regionali, con i cd ticket) a perseguire obiettivi di stabilità, è necessario mettere in evidenza le incidenti e profonde trasformazioni del sistema, dovute anche all'influsso della normativa europea; vi è stata una incidente rivisitazione sotto il profilo della spesa sanitaria⁵⁰ (che continua ad essere finanziata in larga parte con risorse

47 Cfr. F. SAITTA, *Il servizio sanitario nazionale: punti fermi e prospettive evolutive* - Relazione al Convegno PRIN - PNRR 2022 Unscrambling "Global and European Health Security", cit., p. 92. Sul tema si veda M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012; C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato moderno*, Milano, 2022; C. IAIONE - A. COIANTE, *Il partenariato per l'innovazione sostenibile nel settore sanitario*, in Riv. giur. edil., 2022; F. LIGUORI, *Flessibilità e modelli organizzativi del S.S.N.*, in F. Liguori - A. Zoppoli (a cura di), *La sanità flessibile*, Napoli, 2012; A. ROMANO TASSONE, *Sussidiarietà "orizzontale" e tutela della salute*, in San. pubbl. e priv., 2003; S. ZAMAGNI, *Qualità medica e governo delle strutture sanitarie: l'alleanza pubblico-privato-civile*, in *Recenti progr. med.*, 2023

48 L'art. 1, comma 3, del d. lgs. n. 229/1999 (di modifica all'articolo 1 del d. lgs. n. 502/1992), stabilisce un legame tra il reperimento delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale e l'individuazione dei livelli essenziali uniformi di assistenza da questo garantiti: "*l'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal Servizio sanitario nazionale, per il periodo di validità del Piano sanitario nazionale, è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico finanziaria. Le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza sono garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente*".

49 Cfr. C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, cit., pp. 80 - 81

50 "Gli attacchi al SSN non sono stati solo di natura economica, ma anche culturale. Le politiche di "rigore" adottate in anni più recenti e le scelte politiche sempre più orientate a considerare il welfare come una delle cause della spesa pubblica hanno indotto a credere che il SSN fosse troppo costoso e non più sostenibile. Spesso tale affermazione è accompagnata dalla constatazione che un servizio sanitario pubblico e universale non possa restare competitivo con l'avanzamento dell'età media della popolazione e che, al fine di garantire migliori prestazioni, debba essere integrato con un sistema di tipo assicurativo, che preveda l'intervento del settore privato. Si procede, in altre parole, verso un progressivo «processo de-costituente» che non tiene conto né di quanti e quali progressi e

statali), spesa che, in tutti i paesi del mondo, rappresenta una delle maggiori voci di quella pubblica complessiva (secondo i dati OCSE, nei primi 10 anni del nuovo secolo, la spesa sanitaria ha rappresentato il secondo capitolo per importanza, dopo quella per la sicurezza sociale, con un valore che nel 2010 era quasi pari al 15% del totale).

I governi si sono quindi attivati di conseguenza; l'Italia, in particolare, con l'introduzione in Costituzione del principio del pareggio di bilancio - ha inteso limitare la spesa e l'indebitamento, il che ha ovviamente avuto riflessi in ordine alle scelte delle quote da destinare al servizio sanitario. L'attenzione (in una visione economicistica) al bilancio - quest'ultimo messo in crisi da una spesa sanitaria ingentissima - ha portato il legislatore a porre in essere un'opera di delimitazione e riduzione⁵¹ che ha messo in crisi l'attuazione dei principi sopra illustrati in tema di diritto alla salute⁵².

Dal 2012 fino all'emergenza pandemica (la spesa sanitaria nel 2020 è risultata infatti pari a 123.474 miliardi, con un tasso di incremento del 6,7 per cento rispetto al 2019), c'è stata una riduzione di circa trenta miliardi, il che ha portato il Paese ad essere tra quelli che hanno ridotto maggiormente la spesa sanitaria (pubblica e privata) pro capite.

Specularmente, è salita la spesa sanitaria a carico dei cittadini, passata dai 28,13 miliardi del 2016 ai 40,26 miliardi nel 2022. La spesa *out of pocket* pagata di tasca propria dagli italiani e non rimborsata dal SSN era pari a 30,48 miliardi nel 2017, 32,29 miliardi nel 2018, 34,85 miliardi nel

innovazioni ha introdotto la legge n. 833, né tantomeno delle condizioni in cui versava il servizio sanitario nei trent'anni precedenti alla sua entrata in vigore". Cfr. I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, cit., p. 17

51 In merito, si veda Corte Costituzionale - sentenza n. 309/1999 - secondo cui i vincoli finanziari possono sì influenzare e orientare le scelte discrezionali del legislatore, ma non a tal punto da assumere: *"un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana"*. Sul punto, in precedenza, Corte Costituzionale n. 304/1994.

52 La stessa Corte Costituzionale - alla luce della crisi economica - ha ammesso letture restrittive in quanto - essendo inteso il diritto alla salute come diritto a prestazione - lo stesso risulta quindi subordinato all'intervento dello Stato in relazione alle risorse disponibili: *"osserva al riguardo la Corte che la disposizione impugnata si inquadra in una manovra complessiva caratterizzata da una riduzione della spesa in tutti i settori, a fronte della obbiettiva diminuzione delle disponibilità finanziarie del Paese e nella prospettiva del risanamento del bilancio nazionale, anche in ragione dei vincoli posti dall'ordinamento comunitario. Essa destina perciò alla spesa sanitaria le risorse possibili nel quadro di una redistribuzione delle entrate rispetto ai vari bisogni da soddisfare. La tesi delle ricorrenti, secondo cui i mezzi finanziari per far fronte alle spese sanitarie avrebbero carattere rigido e quindi sarebbero insuscettibili di riduzione, muove da una logica rovesciata rispetto a quella propria delle regole economiche perchè, in presenza di una inevitabile limitatezza delle risorse, non è pensabile di poter spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni, quale ne sia la gravità e l'urgenza. È viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute, certamente non compromesse con le misure ora in esame, come risulterà meglio in prosieguo"*. Cfr. Corte Costituzionale n. 356/1992

2019, 30,79 miliardi nel 2020 e 37,16 nel 2021. Questi dati risultano dal monitoraggio della spesa sanitaria 2023, pubblicato dalla Ragioneria dello Stato, dal quale emerge altresì che dopo il rallentamento registrato nel 2020 (-11,6% rispetto al 2019), continua il *trend* crescente della spesa sanitaria privata su tutto il territorio nazionale.

Al netto degli investimenti PNRR a cui è collegato un aumento dei letti di terapia intensiva e sub-intensiva nonché di altre attrezzature), nel DEF 2021 è stata programmata una diminuzione della spesa pari al 7,3% nel 2021, 6,7 % nel 2022, 6,6% nel 2023 e 6,3% nel 2024. Il Piano strutturale di Bilancio di medio termine (2025-2029), approvato il 27 settembre 2024, rispetto al DEF 2024 prevede che il rapporto spesa sanitaria/PIL passi dal 6,3% (del biennio 2024-2025) al 6,2% (nel biennio 2026-2027).

Un elemento di criticità attiene al taglio asettico della spesa regionale (sulla quale il potere centrale continua ad avere massimo controllo stabilendo quanto e come elargire, prevedendo altresì sanzioni).

Sul punto, la Corte Costituzionale - sentenza n. 154 del 2017 - ha sottolineato la necessità di evitare interventi tesi, anziché a ridefinire - secondo le ordinarie scansioni temporali dei cicli di bilancio - il quadro delle relazioni finanziarie tra lo Stato, le Regioni e gli enti locali sulla base della situazione economica del Paese, *“si limitino ad estendere, di volta in volta, l’ambito temporale di precedenti manovre, sottraendo di fatto al confronto parlamentare la valutazione degli effetti complessivi di queste ultime”*. In merito, la sentenza n. 169 del 2017, sempre del Giudice delle leggi, ha messo in evidenza che: *“non può sottacersi, nella perdurante inattuazione della legge n. 42 del 2009 già lamentata da questa Corte (sentenza n. 273 del 2013), l’esistenza di una situazione di difficoltà che non consente tuttora l’integrale applicazione degli strumenti di finanziamento delle funzioni regionali previste dall’art. 119 Cost.”*. A riguardo, è stato messo in evidenza che questa è *“una conclusione “pesante”, perché denuncia l’assenza nell’ordinamento italiano di una “doverosa separazione del fabbisogno LEA dagli oneri degli altri servizi sanitari”*⁵³.

53 Cfr. L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, cit., p. 7, il quale ha sottolineato altresì l’importanza della sentenza in oggetto che: *“ha acceso un nuovo e coraggioso faro sulla questione del finanziamento del diritto alla salute, illuminando una direzione di metodo che sarà importantissimo seguire. Fino a che quella direzione non verrà seguita, infatti, sarà sostanzialmente impossibile per una Regione dimostrare che il sotto finanziamento statale determina l’impossibilità di garantire adeguatamente i Lea e, quindi, che si sia in presenza di un sotto finanziamento della “spesa costituzionalmente necessaria”*. Con la grave conseguenza che alla stessa Corte costituzionale rischierebbe di rimanere preclusa la possibilità di svolgere adeguatamente quell’importantissimo controllo “macro” sulla effettiva garanzia, in termini generali, del diritto alla salute, rispetto al quale si potrebbe altrimenti formare una prerogativa di immunità, non solo politica ma anche giuridica, per il legislatore statale che smantella il welfare sanitario [...]. La sentenza n. 169 del 2017 rappresenta quindi, lo si ribadisce, una tappa decisiva della giurisprudenza costituzionale per un adeguato rapporto tra esigenze finanziarie e diritto alla salute, perché dimostra di voler segnare una linea invalicabile alla compressione di questo diritto fondamentale: è interessante rilevare come anche la successiva pronuncia n. 192 del 2017 ribadisca queste argomentazioni”.



In sostanza, è necessario porre in essere un'attenta valutazione in ordine alle spese sanitarie, distinguendo per mezzo di una adeguata istruttoria le spese essenziali, al fine di evitare che le esigenze di finanza pubblica assumano, in ogni caso, valenza prioritaria⁵⁴.

In definitiva, l'adeguata e 'ponderata' determinazione dei livelli essenziali diventa strategica per stabilire un limite costituzionale alle riduzioni asettiche e orizzontali della spesa pubblica.

All'aspetto relativo alla programmazione in tema di *prevenzione* (e al rispettivo Piano nazionale 2020 - 2025 PNP, di attuazione dei LEA), si farà riferimento nella parte II, nell'ambito della quale si cercherà di fare un quadro della tutela della salute in termini di prevenzione - con particolare riferimento al tema della gestione dei vari rischi sanitari nell'ambito del *macro obiettivo* ambiente-salute e della prevenzione delle malattie infettive.

In questa sede - con riferimento ai profili della spesa, si possono mettere in evidenza due dati.

Il primo concerne la programmazione nazionale la quale prevede che il Fondo Sanitario Regionale (FSR) assegni solo il 5% delle risorse totali per la sanità ad attività di prevenzione (sia di malattie trasmissibili che non); peraltro, salvo talune regioni, le restanti non riescono a spendere questo 5% (la media è del 2,9).

Per la prevenzione, l'Italia spende quanto i Paesi che non hanno un servizio sanitario pubblico. Meno del 2% del FSR è dedicato all'attività di sorveglianza e profilassi delle malattie infettive. Secondo i dati del Ministero della Salute elaborati, in Italia, nel 2018, sono stati spesi in prevenzione circa 5,5 miliardi di euro, l'equivalente del 4,37% della spesa sanitaria complessiva. A questa cifra manca quasi un miliardo di euro, sebbene ogni Regione dovrebbe destinare il 5% della spesa sanitaria ad attività e programmi di prevenzione come stabilito nell'intesa tra Stato e Regioni (del dicembre 2009) e come successivamente previsto dal d.lgs. n. 68/2011.

Le regioni però non hanno mai inteso questa percentuale come vincolante rimanendo dunque una scelta discrezionale la percentuale della quota da destinare alla prevenzione.

Dall'elaborazione dei dati del ministero della Salute emerge - nel decennio 2008-2018 - la spesa in prevenzione è sempre stata inferiore al 5% del totale della spesa sanitaria. Ne deriva

54 Diversamente, invece, si è previsto: "un sistema di calcolo del finanziamento della sanità basato su costi e fabbisogni standard, che avrebbe dovuto garantire l'integrale finanziamento dei LEA. Salutato come passaggio essenziale verso la finanza sanitaria virtuosa, e l'abbandono della spesa storica, il nuovo sistema è stato fortemente limitato dalla determinazione unilaterale del fondo sanitario da parte dello Stato, in considerazione delle esigenze di riduzione della spesa pubblica e del debito. Non è dunque il fabbisogno di spesa, calcolato sulla base dei costi standard ottimali, a determinare l'entità delle risorse da destinare alle Regioni, ma sono le risorse disponibili a dover essere attribuite a prescindere dalle necessità di spesa e persino dagli accordi stretti tra Stato e Regioni". Cfr. G.G. CARBONI, *Il diritto alla salute e l'eguaglianza territoriale*, in *federalismi.it*, cit., p. 283

che sono stati sottratti alla prevenzione e spesi in altre attività sanitarie circa 10,2 miliardi di euro.

Dai dati citati emerge, insomma, che se per *la cura* vi è un problema di reperimento e razionalizzazione delle risorse, per *la prevenzione* il quadro è diverso, le risorse non sono neanche spese (la pandemia ha tragicamente evidenziato questo *deficit*). Il quadro non sembra essere intaccato neanche dal PNRR⁵⁵ il quale non ha dedicato voci di spesa per la prevenzione.

La Missione 6 (Salute) ha previsto infatti un finanziamento di 19,7 miliardi, suddiviso in due componenti: *Reti di prossimità, strutture intermedie e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale* e *Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale*.

Si previsto quindi il potenziamento delle strutture⁵⁶, (nell'ottica della maggiore valorizzazione della sanità territoriale⁵⁷) il quale comprende interventi per rafforzare le prestazioni erogate sul territorio⁵⁸ ("medicina territoriale in bilico tra garanzia del diritto

55 Sul tema, M. NOERA – M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, in *Merc. Conc. Reg.*, cit.; A. SAPORITO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ed il diritto alla salute, nuova evoluzione?*, in www.amministrativamente.com, n. 1/2024

56 "A ragionare attorno a un dato di attualità, facilmente si verifica che l'importanza del legame con il territorio resta questione fondamentale e irrisolta, tutt'altro che contraddetta dalla recente crisi pandemica, che ha evidenziato piuttosto i limiti della carenza di "sensori" capillarmente collocati sul territorio per rilevare tempestivamente bisogni di cura sanitaria e rispondervi. Essa ha tragicamente messo a nudo i limiti di una cura – e a volte di una morte - cui è stata sottratta la forza terapeutica o almeno il sollievo della relazione affettiva. Non a caso, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha posto, tra gli obiettivi generali, la Missione 6, dedicata alla Salute, declinata in una riforma (la n. 1) che comprende «Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale e rete nazionale della salute, ambiente e clima», il cui investimento (1.1) consiste nella predisposizione di «Case della Comunità» [...]. Almeno nella progettualità espressa, la Casa della Comunità dovrebbe essere il luogo dell'integrazione tra servizi sociali e sanitari, in coerenza con la visione ampia di salute che si è richiamata, e dunque rappresenta l'occasione di uno strutturale raccordo tra enti locali e Regioni". Cfr. PIZZOLATO, *La dimensione territoriale delle cure sanitarie: il principio costituzionale del pluralismo e le politiche comunitarie*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022, p. 263-264. Sul tema si veda altresì F.G. CUTTAIA, *La riforma dell'Assistenza sanitaria e socio-sanitaria territoriale e le problematiche connesse alla sua attuazione*, in www.federalismi.it, n. 23/2022

57 "non intesa soltanto come luogo di effettiva erogazione della prestazione sanitaria, ma anche e soprattutto come dimensione di afferenza del paziente destinatario di un intervento sanitario" Cfr. P. D'ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale ed innovazione digitale*, cit., p. 255. In merito, si vedano le LINEE GUIDA ORGANIZZATIVE CONTENENTI IL MODELLO DIGITALE PER L'ATTUAZIONE DELL'ASSISTENZA DOMICILIARE (Milestone EU M6C1-4)

58 "I decreti Turco del 2007 e Balduzzi del 2012 avevano già dedicato ampia attenzione alla medicina territoriale e all'integrazione tra questa e l'assistenza ospedaliera, individuando forme organizzative molto simili a quelle oggi indicate dal Pnrr [...]. Gli interventi citati riecheggiano, con alcune differenze di terminologia ma non di sostanza, le linee guida del Pnrr e aprono la grande questione del perché siano rimaste in così larga misura disattese e per così tanto tempo, lasciando fasce ampie della popolazione indifese di fronte alla pandemia. La prospettiva storica sposta cioè l'asse dei quesiti a cui rispondere: il tema non è definire ciò che «dovrebbe essere fatto», perché il disegno è in larga misura già presente, sulla carta, nelle leggi e nella normativa da oltre un decennio. La questione da chiarire è perché quelle norme non sono state attuate, come la pandemia ha impietosamente dimostrato. In altre parole: ci sono oggi i presupposti affinché le risorse del Pnrr dedicate alla sanità possano avere un destino diverso

fondamentale alla salute e all'assistenza e le differenziazioni regionali⁵⁹), grazie al potenziamento e alla creazione di strutture e presidi come le Case di Comunità⁶⁰ e gli Ospedali di Comunità⁶¹ (la cui costituzione al momento è scarsa posto che sulle 1825 nuove strutture previste, ad oggi, ce ne sono solo 268), il rafforzamento dell'assistenza domiciliare, lo sviluppo della telemedicina⁶² e una più efficace integrazione con tutti i servizi socio-sanitari⁶³; sono state poi previste misure per il rinnovamento e l'ammodernamento delle strutture tecnologiche e digitali esistenti, il completamento e la diffusione del Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE)⁶⁴,

da quello degli interventi legislativi che lo hanno preceduto?" Cfr. M. NOERA – M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, cit., p. 294

59 Cfr. M. C. D'ARIENZO, *La sanità in trasformazione: dalla legge n. 833 del 1978 al DM 77/2022 - Appunti e proposte sull'assistenza sanitaria territoriale*, in *P.A. Persone e Amministrazione*, n. 1/2023, p. 316

60 "L'epicentro di questo nuovo modello proiettato a ridimensionare il ruolo tradizionalmente ricoperto dall'ospedale, quale simbolica rappresentazione del cittadino dello stato sociale ed assistenzialista, è la Casa di comunità della espressione organizzativa evoluta di quelle Case della Salute che alcune Regioni avevano già da tempo e con successo sperimentato sui propri territori". Cfr. P. D'ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale ed innovazione digitale*, cit. p. 253

61 In merito si veda M. C. D'ARIENZO, *La sanità in trasformazione: dalla legge n. 833 del 1978 al DM 77/2022 - Appunti e proposte sull'assistenza sanitaria territoriale*, cit., p. 434, la quale, con riferimento alla prime (Case di comunità) - mette in evidenza che: "c'è concretamente il rischio di espropriazione delle prerogative regionali e comunali nell'ipotesi che esse fossero inserite nell'ambito dei LEA al pari di quanto già avvenuto per gli Ospedali di comunità con conseguente lesione dell'autonomia legislativa degli enti territoriali".

62 In merito alla telemedicina, si veda D. MARINO - A. MICELI - D. NACCARI CARLIZZI - G. QUATTRONE, *Telemedicina, cos'è e come farla in Italia: tecnologie e finalità, un modello possibile*, in www.agendadigitale.eu, 2023; L. FERRARO, *La telemedicina quale nuova (e problematica) frontiera del diritto alla salute*, in *Dir. inform. e inf.*, 2022; S. IARIA, *Le potenzialità del PNRR ed il progetto "One Health" nella prospettiva del rilancio dell'assistenza sanitaria territoriale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it; C. NICOLOSI, *Telemedicina, PNRR e Piani di rientro sanitari: uniformità versus autonomia nell'organizzazione sanitaria?*, in *Amministr@tivamente*, n. 3/2024; R. SENIGAGLIA, *Telemedicina ed essenza fiduciaria del rapporto di cura*, in *Pers. e merc.*, 2023.

63 In merito sono state emanate le *Linee guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare (Milestone EU M&C1-4)* contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare. "Viene così abbandonata la linea «ospedalocentrica» che in passato aveva indotto ad accorpare i nosocomi per garantire una maggiore concentrazione di risorse e apparecchiature. Nella relazione ministeriale illustrativa del regolamento, il disegno riformatore dell'assistenza territoriale viene accostato a una sorta di «modello vitruviano, all'interno del quale la persona è al centro del sistema di assistenza, e i servizi sanitari si strutturano in base ai bisogni di salute indipendentemente dal contesto di vita e dell'area geografica in cui vive». Si tratta di un importante passo in avanti nel percorso di riforma dell'assistenza socio-sanitaria territoriale, ma è evidente che la realizzazione di un sistema strutturato che si radichi uniformemente sull'intero territorio nazionale prescindendo dalla contingenza dei finanziamenti straordinari del P.N.R.R. richiede una legislazione statale di indirizzo." Cfr. F. SAITTA, *Il servizio sanitario nazionale: punti fermi e prospettive evolutive* (Relazione al Convegno PRIN - PNRR 2022 *Unscrambling* "Global and European Health Security"), cit., pp. 115-116

64 "Nell'ottica di migliorare l'efficienza del sistema sfruttando le enormi potenzialità di oggi del trattamento dei dati, occorre infine ricordare la necessità di assicurare l'accesso ai dati essenziali dei pazienti sia alle strutture sanitarie di base sia a quelle di pronto intervento. Oggi molto tempo viene perso perché il medico che interviene non ha informazioni su altre malattie, sulle terapie in atto, sulle allergie, ecc. Senza entrare nel merito di questi problemi, va ricordato che un modello esiste ed è quello descritto nel Rapporto Goldacre, commissionato dal

una migliore capacità di erogazione e monitoraggio dei Livelli Essenziali di Assistenza attraverso sistemi informativi più efficaci.

Rilevanti risorse sono destinate alla ricerca scientifica, al trasferimento tecnologico, al rafforzamento delle competenze e del capitale umano del SSN (anche mediante il potenziamento della formazione del personale).

Nulla si è però previsto in tema di prevenzione, il che desta perplessità posto che i problemi determinati dalla pandemia sono legati alla prevenzione, oltre al fatto che, nell'introdurre la missione, il testo sottolinea che: *“la pandemia ha reso ancora più evidenti alcuni aspetti critici di natura strutturale, che in prospettiva potrebbero essere aggravati dall'accresciuta domanda di cure derivante dalle tendenze demografiche, epidemiologiche e sociali”*. Ci si è concentrati, insomma, soprattutto sui *deficit* strutturali del sistema sanitario nazionale.

Ad ogni modo, c'è anche da rilevare che gli interventi sopra citati possono comunque ricondursi ad aspetti connessi alla prevenzione, nel momento in cui, ad esempio, nella Case comunità siano previsti nuovi percorsi di prevenzione. Così come ad esempio, la stessa telemedicina, può assumere funzione non solo di cura bensì di prevenzione per mezzo del monitoraggio (pressione, etc.) che possono espletare sul paziente i sistemi tecnologici (ad es. app del cellulare).

Allo stesso modo il FSE può essere fondamentale ai fini anche della prevenzione stessa, posto che l'ampliamento della tipologia e della quantità delle informazioni trattate, associate all'integrazione con altri dati (vedi referti *on line* e tessera sanitaria elettronica) è funzionale ad una tutela multilivello e multidisciplinare la quale, più in generale, è garantita dal nuovo approccio tecnologico (e- Health, intesa come erogazione di prestazioni mediante l'ICT – Information and Communication Technologies) il quale, proprio con riferimento al cd EU4Health, mira appunto alla prevenzione di malattie e al contrasto alla gravi minacce sanitarie e carattere transfrontaliero (oltre che al rafforzamento della capacità di risposta dei sistemi sanitari, all'accessibilità dei dispositivi medici e dei medicinali): *“come è emerso soprattutto durante la pandemia, la scelta di una metodologia predittiva del bisogno di salute*

governo britannico (Rapporto Goldacre, 2022). La tecnologia offre la capacità di creare un database nazionale e di renderlo accessibile in tutti i punti di accesso al Sistema Sanitario Nazionale: dai medici di base ai pronto soccorso. Sotto questo profilo il «fascicolo sanitario» in Italia è ancora fortemente disomogeneo e incompleto, perché la piattaforma tecnologica disponibile al Ssn può per ora mettere a disposizione solo documentazione di tipo amministrativo (ad es. prescrizioni ed esami di laboratorio), ma non è attualmente in grado di gestire la trasmissione e la conservazione di dati complessi (come ad esempio i referti grafici di lastre e/o ecografie). L'investimento in un'adeguata infrastruttura di trasmissione e di storage dei dati è quindi il presupposto per un'assistenza sanitaria integrata ed efficace”. Cfr. M. NOERA – M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, cit., p. 312



quale strumento di reazione e risposta alle esigenze della sanità sembra la più appropriata e deve essere incentivata”⁶⁵.

Con riferimento alla e-Health, il FSE assume un ruolo centrale; lo stesso PNRR lo definisce appunto come “pietra angolare per l’erogazione dei servizi sanitario digitali e la valorizzazione dei dati clinici nazionali”; la digitalizzazione della sanità (in particolare gli *health services*) è infatti un obiettivo europeo.

L’aspetto della digitalizzazione e dell’uso dell’intelligenza artificiale assurge altresì ad elemento utilissimo nella fase di programmazione e decisionale, posto che taluni modelli di ricerca operativa possono essere sfruttati appunto per decidere come organizzare le strutture sanitarie con evidenti riflessi dunque sui meccanismi di efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa.

3. Programmazione regionale (cenni).

Come detto, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione (“anticipata” dalla regionalizzazione delle prestazioni sanitarie di cui al d. lgs n. 502/1992 e dal d. lgs. n. 229/1999), il diritto alla salute dipende da un lato dallo Stato che finanzia il Fondo sanitario nazionale⁶⁶; dall’altro le regioni realizzano in concreto i sistemi di cura⁶⁷; regioni che nel tempo hanno visto sensibilmente crescere il loro ruolo: “il riconoscimento alle Regioni di un’ampia discrezionalità nella definizione delle regole di governo del sistema ha creato le condizioni per la creazione di veri e propri modelli regionali, destinati a differenziarsi soprattutto nei meccanismi di remunerazione delle strutture e delle attività sanitarie in base ai due criteri del fabbisogno di assistenza e dei livelli di produzione”⁶⁸.

In termini critici sul punto è stato altresì messo in evidenza che: “il passaggio della competenza alle regioni ha ampliato il divario nella qualità dei servizi sanitari fra le diverse aree del paese e fra aree urbane e rurali. In secondo luogo, soprattutto in alcune regioni (in particolare la Lombardia) il ruolo preponderante lasciato al mercato ha creato forti distorsioni

65 Cfr. P. D’ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale ed innovazione digitale*, cit., p. 289

66 In termini di ripartizione ci sono differenze tra quanto ricevono le regioni in termini pro-capite. Per esempio (nell’anno 2020) nella ripartizione iniziale del FSN, la Liguria ha percepito 127 euro pro capite sopra la media nazionale, il Molise 56 euro, la Basilicata 37 euro. Sotto la media si trovano invece la Sicilia (meno 39 euro), la provincia di Trento (meno 41 euro), quella di Bolzano (meno 72 euro) e la Campania (meno 59 euro)

67 In termini critici è stato messo in evidenza che: “due derive si sono manifestate nella sanità italiana. La prima, evidente soprattutto in Lombardia, tende a delegare sempre di più al mercato la gestione della sanità. Non si vuole negare l’eccellenza raggiunta da molte strutture ospedaliere private della regione, ma non a caso questo accade prevalentemente se non quasi esclusivamente, nelle terapie e negli interventi a cui vengono riconosciuti i rimborsi statali più sostanziosi. Nelle altre patologie, soprattutto in quelle croniche, si registrano invece molte criticità” Cfr. M. NOERA - M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, cit., p. 310

68 Cfr. F. SAITTA, *Autonomie territoriali e governo della sanità*, cit., p. 795



e ha indebolito l'efficienza del sistema pubblico, che rimane - e deve rimanere - il cardine di un servizio sanitario capace di rispondere al dettato costituzionale".⁶⁹

Tornando agli aspetti programmatici di dettaglio, le regioni entro 150 gg dall'entrata in vigore del PSN devono adottare il proprio PSR la cui predisposizione è di competenza della giunta regionale: in base all'art. 1, comma 13, del D.lgs. n. 502/1992, come sostituito dal D. lgs. n. 229/1999: *"il Piano sanitario regionale rappresenta il piano strategico degli interventi per gli obiettivi di salute e il funzionamento dei servizi per soddisfare le esigenze specifiche della popolazione regionale anche in riferimento agli obiettivi del Piano sanitario nazionale"*.

Un importante ruolo partecipativo è svolto dalle autonomie locali, dalle formazioni sociali private senza scopo di lucro, impegnate nella assistenza sociale e sanitaria, dalle organizzazioni sindacali degli operatori sanitari pubblici e privati nonché dalle strutture accreditate dal SSN. La collaborazione è garantita dalla sottoposizione del progetto del PSR alla Conferenza permanente per la programmazione sanitaria e socio-sanitaria regionale (un ruolo fondamentale - ai fini della verifica sullo stato di attuazione del PSR, è poi svolto dagli Osservatori regionali sulle principali aree di intervento e da apposita struttura amministrativa che vigili sullo stato dei diritti del cittadino in correlazione all'attuazione dei contenuti e dei principi della Carta dei Servizi Pubblici).

Gli ambiti progettuali a maggiore priorità di intervento, su cui orientare le iniziative di *e-health*, a livello regionale e locale si focalizzano lungo le seguenti direttrici: alimentazione del NSIS con la tempestività adeguata per monitorare con efficacia i fenomeni sanitari; identificazione del cittadino e rilevazione delle informazioni sanitarie individuali, mediante l'utilizzo della tessera sanitaria e la relativa evoluzione in tessera sanitaria su supporto Carta Nazionale dei Servizi (TS-CNS), propedeutica anche ai fini del monitoraggio della spesa sanitaria e dell'accesso ai servizi sanitari in rete; disponibilità della storia clinica del paziente mediante i sistemi di Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE), finalizzati a raccogliere e rendere disponibili, ai diversi soggetti deputati alla presa in carico degli assistiti e alla *governance* del sistema, informazioni socio-sanitarie e dati clinici associati alla storia clinica del paziente, generati dai vari attori del sistema sanitario; accesso ai servizi sanitari mediante sistemi di Centro Unico di Prenotazione (CUP), che favoriscano l'accesso alle prestazioni su tutto il territorio nazionale accrescendo la capacità di scelta del cittadino e riducendo i tempi medi di attesa; i servizi di telemedicina⁷⁰, che possono contribuire in modo sostanziale allo sviluppo

69 M. NOERA - M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, cit., p.307

70 "Oltre che per gli auspicati benefici in termini di maggiore efficacia ed efficienza, l'impegno per lo sviluppo e la diffusione della telemedicina si spiega anche come possibile propulsore della sanità territoriale, in quanto appare, infatti, particolarmente idonea sia a garantire servizi in aree fortemente disagiate (ad es., piccole isole), sia a

del territorio⁷¹; innovazione nelle cure primarie attraverso la connessione in rete dei medici del SSN e la digitalizzazione e trasmissione telematica dei certificati di malattia, nonché la gestione digitale dell'intero ciclo di vita della impegnativa mediante sistemi di *e-Prescription*, ivi compresi quelli di cui al Sistema Tessera Sanitaria; dematerializzazione della documentazione sanitaria prodotta nell'ambito dei percorsi diagnostico-terapeutici effettuati nei diversi setting assistenziali.

Come messo in evidenza nel paragrafo precedente, i tagli asettici e orizzontali al sistema regionale, hanno determinato non poche criticità, opportunamente evidenziate dal Giudice delle leggi.

Criticità che possono altresì essere ricondotte alla organizzazione regionale medesima, la quale, per la gestione del sistema sanitario e l'erogazione dei servizi, ha ricorso sempre più a strutture private⁷²: "il principio del decentramento territoriale si coniuga così con l'introduzione di elementi privatistici nell'amministrazione di settori prima riservati al pubblico. Questa notazione ci ammette alla terza trasformazione che ha riguardato il sistema sanitario e la tutela del diritto alla salute: l'introduzione di elementi competitivi e mercantilistici nella gestione della sanità. Hanno concorso a questo mutamento le modifiche normative decise dal legislatore a partire dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, con il quale per la prima volta è stata ammessa la competizione tra erogatori pubblici e privati per l'erogazione delle prestazioni sanitarie ed è stata avviata l'organizzazione aziendale dei servizi sanitari regionali. Modifiche sorrette da una teoria del governo delle amministrazioni pubbliche,

valorizzare il ruolo della casa come primo luogo di cura. Altrettanto significative sono, inoltre, le promesse della telemedicina in termini di risparmio per la spesa sanitaria pubblica". Cfr. C. NICOLOSI, *Telemedicina, PNRR e Piani di rientro sanitari: uniformità versus autonomia nell'organizzazione sanitaria*, cit., p. 1056

71 Sebbene nel rapporto Stato-regioni, sia stato messo in evidenza che: "il caso della telemedicina, quindi, rivela un'accelerazione della tendenza accentratrice in ambito organizzativo, che coinvolge – in modo ancora più esplicito rispetto al passato – anche aspetti organizzativi; stridendo, quindi, con l'assetto costituzionale delineato dalla riforma del Titolo V e (presumibilmente, almeno in parte) con la giurisprudenza della Corte costituzionale. Inoltre, proprio il caso della telemedicina segnala anche l'innalzamento del livello (adesso europeo) presso cui sono definiti gli standard (anche organizzativi) che danno concretezza al diritto alla salute⁶⁰; il che non può che suscitare dubbi sull'effettivo coinvolgimento delle Regioni e la relativa possibilità di adempiere al mandato costituzionale loro assegnato". Cfr. C. NICOLOSI, *Telemedicina, PNRR e Piani di rientro sanitari: uniformità versus autonomia nell'organizzazione sanitaria*, cit., p. 1058

72 In termini critici E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, cit., p. 16: "il percorso di privatizzazione della salute in Italia continua ad aumentare senza trovare alcun ostacolo. Sembrava arrestarsi con la pandemia ma, dopo una breve pausa, è ripreso a crescere. Lo Stato è il primo cliente per la sanità privata: il SSN acquista infatti il 60 % delle sue prestazioni senza considerare gli acquisti di beni e servizi del SSN. In particolare, per l'acquisto di servizi medici e farmacologici più del 50% delle istituzioni sanitarie che si occupano di malattie croniche sono in mano ai privati, così come lo sono più dell'80% delle istituzioni di assistenza sanitaria residenziale".



denominata *New Public Management*, che guarda agli effetti positivi della competizione e della gestione aziendale per incrementare l'efficienza dell'attività pubblica"⁷³.

Come si vedrà nella parte relativa alle criticità del sistema, proprio questo profilo è uno fra quelli 'sensibili': la competitività e l'ossessiva attenzione alla remunerazione e al bilancio, nonché all'ottenimento di quote premiali, sembra infatti aver accentuato le asimmetrie, contribuendo alla frammentazione del sistema il quale ha perso afflato strategico e dunque visione complessiva, di insieme.

Ad ogni modo, in ordine al ridimensionamento della spesa regionale, c'è da dire che i cd piani di rientro⁷⁴ hanno determinato una sensibile riduzione dei debiti sanitari delle Regioni, posto che nel periodo 2009 - 2014, il disavanzo è passato da 3,5 miliardi di euro a 275 milioni. Ovviamente ciò ha determinato la riduzione dell'assistenza ospedaliera (molti ospedali sono stati chiusi), delle spese di personale, e di quella farmaceutica convenzionata, mettendo così in crisi il sistema di garanzia delle prestazioni sanitarie.

A questi aspetti finanziari e sanitari si sono accompagnati anche quelli di natura più propriamente politica, nel momento in cui, infatti, le regioni interessate sono state oggetto di commissariamento (la Calabria addirittura dal 2009); il che ha determinato la compressione della rappresentanza e del potere politico stesso.

Con riferimento al citato aspetto della *prevenzione*, specularmente al Piano nazionale di prevenzione (PNP) (su cui, *infra*, paragrafo 6), è previsto il Piano di prevenzione regionale (PRP).

Sugli aspetti concernenti la spesa sanitaria regionale impatta la legge sull'autonomia differenziata⁷⁵ (l. n. 86 del 2024) la quale prevede disposizioni (in parte ritenute incostituzionali dalla Corte con sentenza n. 192/2024⁷⁶) relative all'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.,

73 Cfr. G. CARBONI, *Il diritto alla salute e l'eguaglianza territoriale*, in *federalismi.it*, cit., p. 276

74 "L'attuazione di un Piano di Rientro comporta l'entrata in vigore di alcuni "automatismi", ossia l'innalzamento automatico delle aliquote IRAP e dell'addizionale regionale all'IRPEF (rispettivamente di 0,15 e di 0,30 punti percentuali) ma soprattutto il blocco automatico del turn-over del personale con evidenti ripercussioni negative sul SSR. L'attuazione dei Piani di Rientro si sono rivelati uno strumento efficace dal punto di vista finanziario. Hanno colpito parte di inefficienze ma la qualità delle prestazioni dell'offerta sanitaria regionale non è migliorata: - Il numero di posti letto ospedalieri ordinari ha subito una drastica riduzione; - Il rapporto tra numero di medici e abitanti è diminuito al di sotto della media nazionale; - Il numero di infermieri già sottodimensionato si è ulteriormente abbassato". Cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, cit., p. 29

75 In termini molto critici G. VIESTI, *Contro la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2023

76 In merito alla quale, si veda A. MORRONE, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024*, in *giustiziainsieme.it*: "nelle oltre 100 pagine di motivazione, la decisione ha restituito un dispositivo che contiene 52 pronunce, di cui 14 dichiarazioni d'incostituzionalità (6 accoglimenti secchi, 5 sostitutive, 1 additiva, 2 illegittimità consequenziali), 12 inammissibilità (motivate non solo in punto di rito, ma contenenti precisazioni esegetiche), 26 dichiarazioni di infondatezza (di cui almeno 3 interpretative di rigetto, relative ai punti qualificanti della

stabilendo l'accesso delle Regioni ordinarie a ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia (la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge: *“nella parte in cui prevede «[l]’attribuzione di funzioni relative alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia [...]», anziché «[l]’attribuzione di specifiche funzioni relative alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia”*).

In merito alla legge, è stato messo in evidenza in dottrina che: “dopo i tentativi compiuti tra la XVII e la XVIII legislatura, l’iter verso il raggiungimento delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, arrestato dall’erompere della pandemia, è ripreso – paradossalmente, dopo che il P.N.R.R., a dispetto della territorializzazione impressa alla sanità italiana, era parso costituire un momento di ulteriore accentramento per il riparto di competenze in materia sanitaria – il 23 marzo 2023, con la presentazione del disegno di legge di iniziativa del Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie Roberto Calderoli, disegno che è stato definitivamente approvato ed è oggi legge dello Stato”.⁷⁷

Il tema meriterebbe approfondimenti, non possibili in questa sede. Si può comunque affermare che: nella materia della salute – essendo già materia di legislazione concorrente e con una già ampia competenza regionale (peraltro non equilibrata tra regioni), una ulteriore implementazione dell’autonomia regionale sembra determinare una maggiore frammentazione la quale è invece uno dei punti critici del sistema; si pensi alla frammentazione dei finanziamenti - che si riflette sul piano organizzativo, nonché a quella normativo/provvedimentale nel momento in cui, con riferimento ai LEA, si è assistito ad una progressiva disciplina fatta di piani nazionali e regionali, atti amministrativi, i nomenclatori della specialistica ambulatoriale, DRG: “tali strumenti hanno consentito senz’altro di adeguare l’offerta alle mutevoli esigenze degli utenti del servizio (e all’evoluzione della scienza sanitaria), individuando in concreto le prestazioni da riconoscere, ma la fluidità degli stessi, unitamente alla estrema parcellizzazione degli atti cui fare riferimento, ha dato origine ad una situazione di incertezza e disomogeneità, contraria al principio di uniformità cui è votato il d.lgs. n. 502/1992. A risolvere tale situazione è giunto solo recentemente in data 12 gennaio

disciplina). Scendendo di piano, la demolizione della legge n. 86/2024 non ha tanto l’aspetto di una caducazione, quanto quello di una sua manipolazione interpretativa, frutto di una sorta di “co-legislazione” esercitata dal giudice costituzionale. La legge generale (la cui illegittimità “totale” è stata esclusa da tutti i profili censurati) è stata riscritta, nel senso che anche gli accoglimenti si sono risolti nella positivizzazione di contenuti normativi diversi da quelli originari”.

⁷⁷ Cfr. F. SAITTA, *Il servizio sanitario nazionale: punti fermi e prospettive evolutive* - Relazione al Convegno PRIN - PNRR 2022 *Unscrabbling* “Global and European Health Security”, cit. p. 31. La Corte Costituzionale, come sopra ricordato, è poi intervenuta sia in merito alla legittimità della legge sia in merito al referendum costituzionale. Per quanto concerne il primo profilo, la sentenza n. 192 del 2024 ha dichiarato contrarie alla Costituzione parti della legge n. 86 del 2024, salvandone altre, subordinatamente però ad una interpretazione conforme alla Costituzione; per quanto concerne il secondo, il 20 gennaio 2025 ha dichiarato inammissibile il referendum.



2017 il nuovo d.p.c.m. recante «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza» di cui all'art. 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502⁷⁸.

4. Punti di forza del sistema sanitario nazionale.

Da quanto emerge dai dati e da tutte le informazioni pubblicate sul sito del Ministero della Salute, e che in questa sede verranno richiamati e sintetizzati, si rinvergono comunque aspetti positivi: «da una attenta riflessione delle conquiste del nostro Servizio sanitario Nazionale, in rapporto a quelli che saranno i possibili successivi sviluppi, non possiamo non considerare, infatti, che il legislatore, in questi primi quarant'anni, giustamente, si è preoccupato di dare immediata attuazione al primo comma dell'art. 32 della Costituzione, riuscendo così a dar vita ad un sistema di assistenza sanitaria che molti, e a ragion veduta, ci invidiano⁷⁹.

L'Italia risulta tra primi posti nel mondo per aspettativa di vita in buona salute, il secondo Paese più longevo in Europa, dopo la Spagna con un'aspettativa di vita media, alla nascita, di 83,4 anni (81,0 anni per gli uomini e 85,6 per le donne). L'allungamento della speranza di vita rispetto al 2000 è connesso principalmente alla riduzione dei tassi di mortalità dopo i 65 anni. In Italia, si dichiarano in buona salute sette persone su dieci. Rispetto ad altri paesi europei c'è una maggiore omogeneità dello stato di salute rispetto alla condizione economica (Fonte: Rapporto Istat 2018).

L'Italia inoltre è in vetta in Europa per numero di farmaci gratuiti, vi è il prontuario farmaceutico a carico della sanità pubblica più ricco: il SSN offre ai cittadini tutti i farmaci per la cura delle malattie gravi e croniche (compresi i farmaci innovativi di ultima generazione). La spesa complessiva e pubblica pro-capite per farmaci in Italia è in linea con la media europea. Il 69% della spesa farmaceutica nazionale è a carico del SSN: la spesa farmaceutica totale ha raggiunto i 28,1 miliardi di euro nel 2017 (464 euro pro-capite), di cui 19,5 a carico del SSN (322 euro pro-capite) e 8,6 (142 euro pro-capite) a carico del paziente (Fonte: Rapporto annuale dell'Osservatorio farmaci per l'anno 2017 - Centro Cergas Bocconi).

Un altro punto di forza concerne i trapianti. Vi è infatti una delle migliori reti nazionali per l'effettuazione dei trapianti d'organo in Europa dal punto di vista della qualità degli interventi, della gestione delle banche dati sui donatori e sulla disponibilità degli organi.

Anche per quanto riguarda la pediatria, il sistema garantisce la possibilità di scegliere il pediatra senza alcuna spesa a carico delle famiglie per tutti i bambini da 0 a 14 anni.

Per quanto concerne la diagnostica ad alta tecnologia l'Italia risulta tra i Paesi con il più alto numero di apparecchiature TAC e Risonanze magnetiche nucleari pubbliche per milioni di abitanti in Europa.

78 Cfr. C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, cit., p. 72-73

79 Cfr. C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, cit., p. 45

Come anticipato (e come si vedrà nel corso della analisi) la salute è intesa come *cura* e come *prevenzione* (in questo ambito assume valore essenziale la programmazione tesa a promuovere il benessere collettivo).

Con riferimento a questi profili di intervento, risultano più di 150 dipartimenti pubblici di prevenzione con oltre 10 mila operatori. L'Italia è stato il primo paese europeo a rendere disponibile gratuitamente alle bambine di 12 anni la nuova vaccinazione HPV contro il cancro della cervice uterina.

Importanti risultati sono stati raggiunti nella lotta al fumo passivo con un significativo decremento delle malattie respiratorie e di quelle cardiovascolari associate al fumo.

Abbiamo oltre 5.000 operatori pubblici impegnati per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Disponiamo infine di una efficiente rete veterinaria, con oltre 10 mila operatori, che garantisce la salubrità degli alimenti e la sicurezza della produzione animale.

5. I profili di criticità.

Se i punti sopra evidenziati, si pongono come elementi positivi del sistema, lo stesso ha notevoli criticità (che l'emergenza pandemica ha messo tragicamente in evidenza)⁸⁰.

Innanzitutto, i richiamati principi di *uguaglianza* ed *equità* sono messi in crisi dalla differente percentuale di mortalità all'interno del territorio nazionale laddove vi è una evidente penalizzazione delle aree geografiche e delle comunità più deboli: "i dati sui bisogni sanitari non soddisfatti indicano altresì notevoli differenze di accesso alle cure: i cittadini delle regioni meridionali hanno una probabilità quasi doppia di riscontrare un bisogno sanitario non soddisfatto rispetto a quelli nelle regioni settentrionali. Nelle regioni meridionali sono

80 In merito alla gestione della pandemia i contributi sono numerosi. Sotto il profilo giuridico-normativo: P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatoriosullefonti* n. 2/2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del "coronavirus": rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Emergenza pandemica e strumento giuridico-istituzionale*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2021; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2020; Id. *La gestione normativa dell'emergenza Covid-19. Linee ricostruttive alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, n. 1/2022; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020; P. PANTALONE, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri - Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo* - Napoli, 2023; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *ASTRID - Rassegna*, n. 5/2020; L. ZACCAGNI, *Facciamolo strano. Le illeggibili leggi dell'Italia virata*, in *Limes - Rivista italiana di geopolitica* - n. 4/2020. In generale, in senso fortemente critico sulla gestione dal punto di vista organizzativo, I. PELLICCIARI, *Nella partita dei vaccini l'Italia è in fuorigioco*, in *Limes - Rivista italiana di geopolitica* - n. 3/2021.

superiori anche il tasso di bisogni sanitari non soddisfatti legati ai tempi di attesa e alle distanze da percorrere.”⁸¹

In uno studio pubblicato qualche tempo fa, si metteva in evidenza appunto che: “se si considera la popolazione residente e la si confronta a parità di classi d’età, si può constatare che la mortalità in Campania per il genere maschile è più elevata del 40% di quella della PA di Bolzano mentre quella del Molise è inferiore del 20% a quella del Lazio. Analizzando l’andamento della mortalità in rapporto ai livelli di istruzione si evidenzia come in Val d’Aosta un basso livello di istruzione sia ancora oggi associato nel genere maschile a una mortalità più alta del 52% rispetto a quella di coloro che sono dotati di un livello di istruzione più elevato; in Molise l’eccesso di mortalità per la stessa condizione è del 46%, in Lombardia del 43%, in Veneto del 41%. Infine, se si considera l’Italia nel suo complesso, la mortalità dei maschi con basso livello di istruzione è più alta del 35% di quella dei maschi con livello di istruzione più alto. Anche per il genere femminile, se si considera l’insieme del Paese, è possibile constatare lo stesso andamento sia pure con un differenziale meno pronunciato (24%). In sintesi, dove si vive con un livello culturale e socio-economico peggiore ci si ammala e si muore di più”⁸².

Questa (peraltro nota ed evidente) asimmetria socio-economica si riflette dunque sulla salute; ma - sempre da quello che si evince dal citato studio - un altro dato che viene in rilievo e che caratterizza, in generale, il sistema nazionale pubblico sotto il profilo della spesa, è che: “molte voci che componevano fino a ieri la spesa sanitaria si sono considerate improduttive e sono state progressivamente eliminate dal bilancio. Tra il 2000 e il 2017 mentre la spesa sanitaria privata è cresciuta del 4% (l’86% di questa classificata come “out-of-pocket”, cioè pagata direttamente dalle famiglie), la spesa sanitaria pubblica mostra un *trend* quinquennale in costante calo (dal 7,4% del quinquennio 2001-2005 allo 0,1% del quinquennio 2011-2015). Questi dati corrispondono, in concreto, a un decurtamento di fondi pubblici destinati al SSN pari a € 37 mld in 10 anni (€ 25 mld da manovre finanziarie, € 12 mld da definanziamento) con una spesa sanitaria pro-capite totale inferiore alla media OCSE (\$ 3.542 vs \$ 3.807) che posiziona il nostro Paese tra quelli più poveri dell’Europa. La metà dei 37 mld definanziati alla sanità riguarda gli stipendi del personale sanitario (8000 medici in meno), la cui riduzione è stata avviata con il blocco del turnover imposto dalla finanziaria del 2006”.⁸³

In tutto ciò, un ulteriore punto critico sta nel numero di strutture ospedaliere il quale è sensibilmente diminuito con la conseguente riduzione dei posti letto ospedalieri: passati in

81 Cfr. M. NOERA - M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, cit., p. 302

82 Cfr. G. R. GRISTINA - M. PICCINNI, *Il Sistema Sanitario Nazionale e la pandemia da SARS-CoV-2: un disastro annunciato? Riflessioni per un cambiamento*, in *Recenti Progressi in Medicina*, settembre 2021

83 Cfr. G. R. GRISTINA - M. PICCINNI, *Il Sistema Sanitario Nazionale e la pandemia da SARS-CoV-2: un disastro annunciato? Riflessioni per un cambiamento*, cit.



valore percentuale per mille abitanti dal 5,8 nel 1998 al 4,3 nel 2007 e al 3,6 nel 2017 e in numero assoluto dai 311.000 attivi del 1998 ai 191.000 del 2017 (Annuario statistico del SSN – 2019). A questo si aggiunge la lentezza nell’attuazione delle nuove 1800 strutture di cui al PNRR relativo alle Case della comunità e Ospedali di comunità il cui ruolo è essenziale posto che la loro funzione di “filtro” permetterebbe agli ospedali (hub) di operare al meglio in quanto decongestionati⁸⁴ (in quest’ottica è molto più importante, appunto un filtro, rispetto ad un intervento di mero aumento del personale⁸⁵, aumento che seppure utile, comunque non risolverebbe i problemi di cura e gestione del paziente in presenza di numeri così elevati).

I dati sopra citati, mettono in evidenza il *nodo* del rapporto pubblico-privato, laddove la componente privata sta assumendo sempre maggiore forza ed incidenza. Sebbene la Costituzione sia “neutrale” in ordine alla erogazione dei servizi sanitari (da qui si spiega la legittimità dell’intervento privato), è anche vero che per ragioni storiche, nonché per lo stesso impianto normativo e per motivi economici e finanziari, il servizio ha assunto forte connotazione pubblica, oggi invece sempre più erosa dal privato; il pubblico sta dunque lentamente abdicando al suo ruolo di perno nella prevenzione e cura della salute⁸⁶.

84 “Il quadro precedentemente descritto ha prodotto inevitabilmente la saturazione dei pronto soccorso che già prima dell’epidemia dovevano subire un afflusso eccessivo e non necessario di pazienti, come è dimostrato dalla stragrande maggioranza di codici non urgenti. I codici rossi rappresentavano infatti, nella media 2015-2017, solo l’1,7% dei casi su oltre 20 milioni di accessi; i codici gialli, il 21,6, mentre i codici verdi e bianchi superano il 75%”. Cfr. NOERA - M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, cit., p. 301

85 “Il numero di medici non appare *prima facie* fuori linea rispetto agli standard europei: la media Ocse è di 3,5 medici ogni mille abitanti e, Germania a parte, gli altri maggiori paesi europei sono al di sotto, la Francia con 3,2 e il Regno Unito con 2,9 (Oecd, 2019, p. 10). Questo dato appare tuttavia meno consolatorio per due motivi. In primo luogo, è in calo sia il numero dei medici che esercitano negli ospedali pubblici, sia quello dei medici di famiglia: questo genera situazioni di carenze anche drammatiche a livello locale, che costringono a valersi di medici forniti da cooperative esterne, con contratti che spesso comportano ritmi di lavoro molto stressanti (Ravizza e Viafora, 2022) o addirittura ad «importare» medici dall’estero. Per di più, l’età media dei medici italiani è la più alta nell’Unione europea: più della metà dei medici italiani ha oltre 55 anni, contro una media europea di 35 circa. In mancanza di correttivi, la tendenza a medio termine segnala quindi un’ancora più grave carenza di personale medico”. Cfr. M. NOERA - M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, cit., p. 299-300

86 E’ stato messo in evidenza che: “purtroppo le condizioni in cui versa il nostro Servizio Sanitario Nazionale (SSN) sono drammatiche. Rispetto alla riforma del 1978 c’è stato un cambiamento demografico non ancora metabolizzato in modo adeguato: siamo una società invecchiata e che invecchierà ancor di più. Sono anni che lo Stato non investe quanto necessario in termini di risorse finanziarie, professionali, riforme. L’impatto della pandemia sull’intero sistema aveva aperto la speranza per adeguati investimenti sul servizio sanitario. Così non è avvenuto, quanto meno in termini congrui. Un sistema già indebolito, costretto a dare priorità alla gestione della pandemia, ha raggiunto risultati efficaci grazie allo straordinario impegno professionale, ma contestualmente si è infiacchita la capacità di risposta assistenziale ai bisogni delle persone: - le liste d’attesa sono incrementate; - l’accesso a prestazioni a pagamento è aumentato in modo esponenziale; - il ricorso a sistemi assicurativi è stato stimolato e, più in generale; - è aumentato l’abbandono delle persone fragili per salute, età, condizioni economico-sociali”. Cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, cit.



In termini critici sul punto, è stato messo in evidenza che: “con le successive riforme della legge 883 l’equilibrio tra economia e sanità viene subordinato ad una compatibilità economica del bilancio pubblico. Queste riforme sono state varate in una logica neoliberista, aperta al mercato. Si è prodotto in pochi anni una riduzione della sanità pubblica verso una progressiva privatizzazione. Lo Stato di fatto ha rinunciato ad amministrare direttamente la salute dei cittadini. La conseguenza è stata che i servizi pubblici non riescono più a garantire l’assistenza non essendo attribuiti i mezzi sufficienti”.⁸⁷

Emerge altresì un ulteriore dato, ovvero che la spesa sanitaria è più orientata all’efficiente allocazione delle risorse in termini di ‘corretta’ e ‘conveniente’ *remunerazione delle prestazioni sanitarie* anziché alla cura ottimale delle persone; la sanità, i finanziamenti, il rapporto strutture (sanitarie pubbliche e private) - pazienti, ha assunto una dimensione eminentemente ‘distributiva’, attenta alla spesa, alla esatta ripartizione, tralasciando il reale impatto sui bisogni di salute⁸⁸.

In merito ai criteri di ripartizione della spesa e al rapporto pubblico-privato, è stato messo in evidenza che: “una maggiore omogeneità a livello nazionale dei criteri per graduare le aliquote di compartecipazione e la selezione dei casi di esenzione potrebbe sortire effetti positivo anche nell’ottica di una ottimizzazione e redistribuzione dei finanziamenti destinati al servizio sanitario. Ponderate politiche di co-payment possono infatti diventare un fattore di innalzamento dell’efficienza della sanità pubblica, consentendo una migliore allocazione delle risorse anche per finalità redistributive ed equitative dei servizi. L’accennato depauperamento della sanità pubblica a vantaggio della sanità privata è dovuto altresì al fatto che a quelle illustrate si aggiunge un’ulteriore questione che afferisce al tema dell’equità: le liste d’attesa. Il fattore temporale è centrale ai fini dell’effettività del diritto alla salute che non è garantito se una prestazione è fornita troppo tardi: in un settore come quello medico, oltretutto, ad essere messa a rischio è la stessa vita umana. Di qui l’individuazione di una specifica dimensione dell’appropriatezza, quella temporale, che dovrebbe connotare i LEA. Significativa, al riguardo, la posizione della Consulta, che ha affermato l’«intrinseca inerenza»

87 Cfr. E. CECCOTTI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, cit., p. 12

88 “Le esigenze di allocazione e razionamento dimostrano oggi che riconoscere come diritti fondamentali la vita e la salute non basta a soddisfare i criteri di consumo senza rivalità dei beni pubblici e di non escludibilità di ogni essere umano. La non escludibilità corrisponde sempre alla non rivalità, e la rivalità, quando diventa impossibile soddisfare i bisogni di tutti, ha lo stesso valore di un’esclusione. Questo è vero non solo durante una pandemia in caso di razionamento delle risorse, ma anche se un paziente è in una lunga lista di attesa per una procedura chirurgica elettiva. In ogni momento, infatti, a prescindere dalla loro entità, le risorse disponibili sono finite e, in ogni momento, saranno ripartite secondo criteri, impliciti o espliciti, che soddisferanno in modo differente bisogni diversi, ma non tutti. Esplicitare questi criteri li rende valutabili anche in termini etici e permette, oltretutto, ai cittadini di compiere scelte più consapevoli e quindi responsabili”. Cfr. G. R. GRISTINA – M. PICCINNI, *Il Sistema Sanitario Nazionale e la pandemia da SARS-CoV-2: un disastro annunciato? Riflessioni per un cambiamento*, cit.

dell'attribuzione allo Stato del potere di controllare l'osservanza dei tempi di attesa ai livelli essenziali"⁸⁹.

Sempre con riferimento all'aspetto finanziario, una ulteriore criticità che sta venendo alla luce, è che i finanziamenti (i quali, peraltro, in proporzione alla somma complessiva del PNNR⁹⁰ non sono imponenti come ci si sarebbe aspettato dopo lo *shock pandemico*) non sembrano rientrare in un disegno strategico; scontano invece una eccessiva frammentazione che si riverbera anche al livello organizzativo; com'è stato infatti messo in evidenza: "la questione integrazione fra sistema specialistico (Ospedali), sistema intermedio (Ospedali di Comunità) sistema territoriale (Case di Comunità e interventi di prossimità) è una questione sottovalutata e taciuta poiché più che pensare ad un unico sistema organico e integrato si ragiona per appartenenze e per flussi finanziari senza perseguire la finalità ultima di promozione della salute e di cura appropriata. Solo un sistema organico con compiti e funzioni specifiche ma fortemente integrato potrà garantire equità di accesso, garanzia delle prestazioni e cosa più importante contenimento degli sprechi delle risorse".⁹¹

Proprio su questo aspetto è necessario insistere sotto il profilo delle proposte tese a migliorare le funzioni di assistenza e di tutela della salute.

Il sistema sanitario nazionale, infatti, dovrebbe essere visto (in ragione dei richiamati principi di *universalità, eguaglianza, equità e solidarietà*) come un *sistema unico* all'interno del quale, le articolazioni territoriali devono assumere valenza integrativa-migliorativa (in termini solidaristici); sembra invece che la disarticolazione e differenziazione territoriale (così come la stratificazione normativa, amministrativa e di programmazione) abbia finito per 'snaturare' il modello, il quale ha assunto un connotato eminentemente economico (in termini di mera ripartizione di finanziamenti e di attenzione al bilancio), e dunque competitivo (alla luce della premialità), quindi tutt'altro che collaborativo.

Sono di conseguenza condivisibili le posizioni che vedono nel cd regionalismo differenziato degli ultimi decenni la causa delle "forti disuguaglianze nell'accesso alle prestazioni sanitarie, negli esiti di salute difformi, nell'incidenza di morbidità e mortalità del periodo della

89 Cfr. V. MOLASCHI, *Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità. L'organizzazione come "veicolo" di uguaglianza*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, p. 43

90 Il PNRR ha destinato alla *Missione Salute* € 15,63 miliardi, pari all'8,16% dell'importo totale, per sostenere importanti riforme e investimenti a beneficio del Servizio sanitario nazionale, da realizzare entro il 2026. Gli interventi si dividono in due aree principali Componente 1 – "Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale" e Componente 2 – "Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale". L'obiettivo è quello di ridisegnare la rete di assistenza sanitaria territoriale con professionisti e prestazioni disponibili in modo capillare su tutto il territorio nazionale", per una sanità che sia vicina e prossima alle persone; rinnovare il parco tecnologico ospedaliero, digitalizzare il Servizio sanitario nazionale, investire in ricerca e formazione del personale sanitario per una sanità più sicura, equa e sostenibile.

91 Cfr. R. POLILLO - M. TOGNETTI, *Dove sta andando la sanità? Le criticità da risolvere e i pericoli da evitare*, in *quotidianosanita.it*

pandemia. Per non citare la mortalità fra il personale sanitario, medici e infermieri in primis. La qualità del SSN e delle sue prestazioni, la garanzia alla prevenzione e alla cura, la promozione della salute non sono semplicemente e linearmente legati ai soli finanziamenti bensì al tipo di progetto di salute che un Paese si vuole dare, al suo sistema di *governance* e alle competenze e capacità di lavorare in modo integrato del personale tutto, senza sottovalutare l'importanza di attivazione dei cittadini nel processo di prevenzione e cura".⁹²

In definitiva, la critica che possiamo muovere sulla base dell'analisi del sistema, è riconducibile non solo, o non tanto, alle esigenze in sé di attenzione al bilancio e alla organizzazione amministrativa (pubblico-privato); bensì al fatto che alla riduzione/rimodulazione della spesa dovrebbe accompagnarsi una valutazione ponderata (della stessa) al fine di evitare che la componente economica sacrifichi i livelli essenziali di cura; attenzione sì al bilancio, ma in un'ottica di razionalizzazione e soprattutto di distinzione tra ciò che essenziale (e dunque *non sacrificabile*) e ciò che non lo è. In quest'ottica è anche vero che bisogna distinguere ciò che il privato richiede per le sue cure da ciò di cui ha effettivamente bisogno: il servizio sanitario nazionale deve garantire la seconda componente.

Alla luce dell'analisi fin qui esposta, sembra che la sanità - e quindi l'attuazione del precetto costituzionale del diritto alla salute - risponda sempre più a ragioni economiche, ai connessi *strumenti di calcolo*, più che ad una reale attuazione e valutazione della soddisfazione del diritto medesimo⁹³.

Allo stesso modo - per quanto concerne il fronte organizzativo - il ruolo del privato non assume in sé valenza critica⁹⁴; andrebbe però calato pur sempre in una logica di miglioramento sostanziale e di valida integrazione del sistema più che in termini meramente sostitutivi.

92 Cfr. R. POLILLO - M. TOGNETTI, *Dove sta andando la sanità? Le criticità da risolvere e i pericoli da evitare*, cit.

93 "Sembra, difatti, che gli interventi diretti a razionalizzare la spesa, in assenza di riforme finanziarie adeguate, abbiano condotto "ad una sorta di supremazia del risparmio" a discapito di quei meccanismi virtuosi, di vocazione concorrenziale, originariamente introdotti per consentire la qualità crescente delle prestazioni da parte di tutti gli erogatori, fuori e dentro il SSN a beneficio della collettività. La tutela della libertà di iniziativa economica sembra ancora essere trattata come "gentile concessione", perdendo di vista la sua strumentalità rispetto ai benefici che l'apertura alla concorrenza rende alla collettività tutta in termini di incremento della qualità prestazionale". Cfr. P. D'ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale ed innovazione digitale*, cit., p. 248-249

94 "Il modello inaugurato per mezzo della l. 833/78 relegava il ruolo degli operatori privati nell'erogazione delle prestazioni sanitarie in una posizione secondaria, ritenendosi ai tempi che il diritto alla tutela della salute, consacrato all'interno dell'art. 32 Cost., non potesse essere lasciato in balia delle dinamiche di mercato. Esclusivamente la mano pubblica avrebbe potuto garantire l'uguaglianza nella cura di tutti gli utenti che, laddove costretti a rivolgersi agli operatori privati, sarebbero necessariamente, a causa della loro diversa disponibilità economica, andati incontro a disparità di trattamento. Sennonché la quasi totale chiusura alle dinamiche di mercato ne disconosceva i profili meritevoli, poiché l'apertura ai meccanismi concorrenziali, implicando la competizione tra gli erogatori, statisticamente comporta un innalzamento della qualità delle prestazioni eseguite. Fu questa convinzione ad animare il legislatore nella stesura del decreto n. 502 del 1992 che, finalmente, consacrava

Si è consapevoli comunque della complessità della questione connessa al tema del bilanciamento tra necessità di tutela della salute, contenimento della spesa, accesso al sistema ai nuovi operatori privati posto che, come è stato messo in evidenza: “se può asserirsi che la necessità di orientare l’attività economica privata agli interessi pubblici giustifichi una minore apertura ai principi di concorrenzialità, deve altrettanto sottolinearsi, però, che ciò non possa tradursi nell’assoluto disconoscimento del nucleo essenziale delle libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost., come recentemente ribadito dal Consiglio di Stato”⁹⁵.

Infine, un ulteriore profilo di criticità è da ricondurre alla cd digitalizzazione sanitaria; si pensi, in particolare (per come visto), allo scarso utilizzo effettivo del Fascicolo Sanitario Elettronico connesso alla sua scarsa conoscenza, alla carenza e alla diversificazione di contenuti e dati.

Così come - a livello organizzativo - alla scarsa centralità data ai meccanismi di ricerca operativa la quale, tramite algoritmi e modelli (basati su raccolte di vari dati) favorirebbe invece scelte più ponderate ed efficienti.

Parte II

1. Il sistema nazionale di prevenzione e gestione dei rischi sanitari.

All’interno del quadro fin qui descritto, un ulteriore profilo attiene al tema della promozione della salute in termini di prevenzione⁹⁶ e gestione dei rischi sanitari⁹⁷. Come è

l’apertura al mercato, in un’ottica di adeguamento ai principi europei di tutela della concorrenza, nonché di tutela della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.”. Cfr. P. D’ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale ed innovazione digitale*, cit., p. 248

95 Cfr. P. D. ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale ed innovazione digitale*, cit., p. 238

96 “L”“imperativo prevenzione” deriva dalla considerazione che i molteplici effetti patologici delle emergenze sanitarie, in particolare delle pandemie, così come la molteplicità delle malattie croniche “sindemiche” o “socialmente trasmissibili” – caratterizzate da determinanti comuni localizzati nell’ambiente personale, che dipende dai comportamenti individuali, o nell’ambiente generale, materiale e sociale – possono essere affrontate con due strategie alternative. La prima privilegia l’approccio che tratta ciascun effetto e malattia individualmente in un’espansione permanente delle forme patologiche e dei mezzi di diagnosi e cura. La seconda le attacca a livello dei determinanti comuni. Centrare un sistema sanitario su questa opzione risponde direttamente all’esigenza di base che «è meglio essere sani che malati o morti», mentre privilegiare la prima alternativa implica tra le altre conseguenze un’inarrestabile crescita della domanda di servizi sanitari e del carico del lavoro su quelli disponibili, dilatando i costi in modo non sostenibile nel medio-lungo termine”. Cfr. R SARACCI, *Prevenzione e Servizio sanitario nazionale: un’integrazione da rifondare nel prossimo decennio*, in *E&P- Rivista dell’associazione italiana di epidemiologia*, maggio-giugno/2021

97 La legge di Stabilità 2016 (legge n. 208/2015) all’articolo 1, comma 538, afferma che: “la realizzazione delle attività di prevenzione e gestione del rischio sanitario rappresenta un interesse primario del Sistema sanitario nazionale perché consente maggiore appropriatezza nell’utilizzo delle risorse disponibili e garantisce la tutela del paziente”. Il successivo comma 539 stabilisce che le Regioni e le Province autonome dispongono che: “tutte le strutture pubbliche e private che erogano prestazioni sanitarie attivino un’adeguata funzione di monitoraggio, prevenzione e gestione del rischio sanitario (risk management).” L’articolo 1, comma 540, in relazione alle

stato peraltro messo in evidenza, proprio la prevenzione e promozione della salute assurgono a “strumento principale di contrasto alle disuguaglianze in mano ai decisori”⁹⁸.

La salute - come visto nella prima parte dell’analisi - assume una connotazione ampia⁹⁹ che attiene sia all’aspetto della *cura* sia a quello della *prevenzione e promozione*.

In merito a quest’ultimo profilo, come già evidenziato, l’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha definito (nella “Carta di Ottawa” del 1986) la *Promozione della Salute* come: “il processo che consente alle persone e alle comunità di esercitare un maggiore controllo sulla propria salute e di migliorarla”¹⁰⁰.

La prevenzione ha carattere *primario* (cioè rivolto all’intera popolazione e si estrinseca in interventi nei confronti di soggetti sani per eliminare o comunque ridurre l’insorgenza di malattie); *secondario* (riguardante soggetti che si trovano in una fase ancora silente della malattia) e *terziario* (riguardante persone malate nei confronti delle quali vengono poste in essere attività tese a ridurre il rischio di complicanze e/o a migliorare la qualità di vita); infine, “viene individuata anche la medicina predittiva, che può essere concettualmente collocata tra

competenze, parla di coordinamento dell’attività di gestione del rischio sanitario: “l’attività di gestione del rischio sanitario è coordinata da personale medico dotato delle specializzazioni in igiene, epidemiologia e sanità pubblica o equipollenti, in medicina legale ovvero da personale dipendente con adeguata formazione e comprovata esperienza almeno triennale nel settore”. Coordinamento confermato nell’ambito della legge n. 24/2017 “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”. Inoltre, la stessa legge mette in evidenza che: “la sicurezza delle cure si realizza anche mediante l’insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all’erogazione di prestazioni sanitarie e l’utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative. Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale”. La sicurezza delle cure assume dunque una funzione di carattere onnicomprensivo che va coordinata e integrata in tutte le attività dei sistemi sanitari regionali (dalla promozione della salute, alla prevenzione diagnosi e cura e riabilitazione, anche alla luce della definizione della nozione di salute stabilita dall’OMS).

98 Cfr. A. ROSANO, *L’equità nel sistema sanitario: evidenze epidemiologiche e possibili interventi*, in *Biolaw journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2019, p. 62: “l’organizzazione dei servizi di prevenzione deve permettere un accesso ampio e senza alcun tipo di discriminazione. A questo scopo vanno prese in considerazione anche azioni che facilitino l’accesso a quegli strati di popolazione che per condizioni culturali e sociali hanno maggiori difficoltà nell’accesso. L’esempio è quello del ricorso ai mediatori culturali per favorire l’accesso alle persone immigrate insieme al reclutamento attivo delle popolazioni potenzialmente in condizioni di svantaggio da parte dei servizi di prevenzione”.

99 “Del resto, lo stesso concetto di salute ha assunto un’evidente estensione, poiché si è passati da un’idea di salute in termini oggettivi, intesa come assenza di malattia, alla consapevolezza della necessità di avere riguardo anche, anzi soprattutto, all’esperienza individuale, all’universo dei valori culturali, religiosi, familiari, con i quali la stessa deve armonizzarsi; ciò in perfetta aderenza alla definizione di salute resa dall’Organizzazione Mondiale della sanità”. Cfr. P. D. ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale ed innovazione digitale*, cit., p. 214

100 Il Documento esplicita i cinque obiettivi da perseguire per sostanziare tale definizione: 1. Costruire una politica pubblica per la salute; 2. Creare ambienti favorevoli; 3. Dare forza all’azione della comunità; 4. Sviluppare le abilità personali; 5. Riorientare i servizi sanitari.



il livello primario e secondario della prevenzione e che agisce effettuando una valutazione in termini probabilistici del rischio di insorgenza di una data patologia, determinando il profilo di rischio di un individuo e adottando eventuali interventi preventivi. Come la prevenzione primaria, la medicina predittiva si rivolge a persone sane, ma in più cerca di individuare elementi di fragilità che conferiscono al soggetto una predisposizione (misurabile in termini di probabilità) all'insorgenza di una data patologia, in una fase in cui non sono ancora identificabili segni di malattia"¹⁰¹.

Il profilo della prevenzione è dunque di rilevante interesse, da qui il cd Piano nazionale di prevenzione (PNP) 2020 - 2025¹⁰², attuativo dei LEA, i quali, come ricordato in precedenza, sono individuati in tre grandi Livelli tra cui appunto: *"Prevenzione collettiva e sanità pubblica"*¹⁰³

L'elemento strategico del Piano: *"sta nella scelta di sostenere il riorientamento di tutto il sistema della prevenzione (nella sua articolazione di compiti e responsabilità che coinvolge tutti i servizi socio-sanitari del territorio, sviluppata e/o orientata dai Dipartimenti di Prevenzione) verso un "approccio" di Promozione della Salute, rendendo quindi trasversale a tutti i Macro Obiettivi lo sviluppo di strategie di empowerment e capacity building raccomandate dalla letteratura internazionale e dall'OMS, coerentemente con lo sviluppo dei principi enunciati dalla Carta di Ottawa"*.

Il Piano nazionale di prevenzione (PNP) e i Piani regionali di prevenzione (PRP) svolgono dunque un ruolo di *governance* e orientamento, favorendo il collegamento e l'integrazione tra

101 Cfr. V. ATELLA, E. BORGONOV, C. COLLICELLI, J. KOPINSKA, F. LECCI e F. MAIETTA, *La prevenzione come elemento per la sostenibilità del SSN*, in *Quaderni della Fondazione Farmafactoring*, n. 1/2014, p. 16

102 *"Rappresenta lo strumento strategico per iniziative multisettoriali utili ad armonizzare e integrare il sistema prevenzione nel Paese, secondo un approccio di tutto il governo, nazionale o locale, e dell'intera società (whole-of-government e whole-of-society), anche in coerenza con i 17 obiettivi dell'Agenda 2030; promuove l'intersectorialità quale elemento cardine della pianificazione e dell'azione; promuove la capacità di risposta flessibile ad emergenze sanitarie; favorisce l'empowerment individuale e di comunità e la capacity building a supporto dello sviluppo di comunità resilienti e di ambienti favorevoli alla salute, con il coinvolgimento di tutti i livelli interessati; orienta le scelte di policy e di programmazione degli interventi verso una stretta interazione e integrazione (organizzativa, funzionale, operativa) e un utilizzo coordinato a livello regionale e locale di tutte le risorse interne ed esterne al sistema sanitario, sotto la guida del Dipartimento di prevenzione; sostiene strategie e iniziative per migliorare l'health literacy della popolazione, valorizzando e promuovendo il coinvolgimento attivo (engagement) della persona e del suo caregiver; orienta le azioni al mantenimento del benessere in ciascuna fase dell'esistenza (approccio life course) e ribadisce l'approccio per setting come strumento facilitante l'attuazione delle azioni di promozione della salute e di prevenzione; promuove un approccio che tenga conto dell'impatto del genere al fine di migliorare l'appropriatezza e l'equità degli interventi"*. Cfr. PNP 2020-2025

103 che comprende tutte le attività di prevenzione rivolte alle collettività ed ai singoli; in particolare: sorveglianza, prevenzione e controllo delle malattie infettive e parassitarie, inclusi i programmi vaccinali; tutela della salute e della sicurezza degli ambienti aperti e confinati; sorveglianza, prevenzione e tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; salute animale e igiene urbana veterinaria; sicurezza alimentare - tutela della salute dei consumatori; sorveglianza e prevenzione delle malattie croniche, inclusi la promozione di stili di vita sani ed i programmi organizzati di screening; sorveglianza e prevenzione nutrizionale; attività medico legali per finalità pubbliche

le azioni previste da leggi, regolamenti, Piani di settore. Il nodo sta infatti nello stabilire strategie, regole, soggetti coinvolti sanitari (dipartimenti di prevenzione, MMG e PLS, Usca-Unità speciali di continuità assistenziale, strutture territoriali intermedie, laboratori, ospedali, cliniche Universitarie, etc.) e non sanitari (Sindaci, Prefetti e forze dell'ordine, Protezione civile/CROSS, associazionismo/volontariato, società civile, imprese, relazioni industriali, etc.).

Il Legislatore ne ha preso atto, da qui l'approccio del PNP con cui si intende, dunque, la salute pubblica, quale "risultato di uno sviluppo armonico e sostenibile dell'essere umano, della natura e dell'ambiente (One Health)"; sono tutti fattori interconnessi, il che implica strategie e interventi di carattere multidisciplinare, intersettoriale e coordinato (*per setting*, con una interazione quindi fra scuola, ambiente di lavoro, comunità, servizi sanitari¹⁰⁴) per affrontare i rischi sanitari (potenziali o già esistenti). A ciò si collega la flessibilità delle conseguenti risposte e la "*capacità di richiamare su temi emergenti risorse umane per i compiti da svolgere in tempi rapidi.*"¹⁰⁵

Come visto nella prima parte dell'analisi, la digitalizzazione, la tecnologia e più in generale la ricerca operativa possono assumere un ruolo essenziale al fine non solo dell'*assessment* bensì anche nel coordinamento di misure e scelte.

Se gli obiettivi sono condivisibili e ambiziosi, l'attuazione diventa problematica alla luce della molteplicità e complessità delle aree di intervento le quali vengono evidenziate nel piano con una tecnica, in verità, di carattere 'fluviale' e oltre modo ridondante. Il Piano non eccelle infatti per capacità di sintesi; le numerosi affermazioni di principio - per quanto corrette e condivisibili - rischiano però di rimanere come tali laddove non si specifichi in modo chiaro, sintetico, 'elementare', gli interventi attuativi delle ambiziose finalità, anche perché le principali aree di integrazione elencate nel PNP sono numerose: cronicità e connessione con il relativo Piano Nazionale; malattie trasmesse con gli alimenti; malattie trasmesse da vettori; gestione delle emergenze epidemiche umane ed animali, incluso il COVID-19; igiene urbana veterinaria; produzione, commercio ed impiego di prodotti chimici tra cui i fitosanitari; prevenzione del "rischio chimico"; rapporti con la rete oncologica, i registri tumori, i Distretti

104 "Il *setting* è il luogo o il contesto sociale in cui le persone si impegnano in attività quotidiane in cui i fattori ambientali, organizzativi e personali interagiscono tra loro per influenzare la salute e il benessere e nel quale è più facile raggiungere individui e gruppi prioritari per promuovere la salute e realizzare interventi di prevenzione; nel contempo, il *setting* costituisce esso stesso il bersaglio dei cambiamenti da implementare sugli ambienti, sulle organizzazioni, sui centri di responsabilità". Cfr. PNP 2020-2025, p. 6

105 Si rende necessario che il territorio sia in grado di rispondere in maniera pronta e immediata alle necessità della popolazione "sia in caso di un'emergenza infettiva (individuazione casi sospetti e/o positivi e controllo dei contatti, gestione isolamento domiciliare, appropriato ricovero ospedaliero, ecc.), sia per garantire interventi di prevenzione (screening oncologici, vaccinazioni, individuazione dei soggetti a rischio, tutela dell'ambiente, ecc.) e affrontare le sfide della promozione della salute e della diagnosi precoce e presa in carico integrata della cronicità".

e i Medici di Medicina Generale e i Pediatri di Libera Scelta (MMG e PLS); promozione della salute in gravidanza e nei primi 1000 giorni; integrazione delle tematiche ambientali con quelle relative alla promozione della salute; relazioni con l'INAIL riguardo l'esposizione dei lavoratori a rischi chimici o fisici.

A ciò si deve aggiungere che in linea con il quadro giuridico attuale (molto sensibile agli aspetti ambientali) il piano prevede che, ai fini di prevenzione e tutela della salute pubblica, sia necessario porre l'attenzione su aspetti sociali¹⁰⁶ e appunto ambientali¹⁰⁷; profili legati alla cd intersettorialità¹⁰⁸ la quale, come emerge dal Piano: *“si basa sul riconoscimento della salute quale processo complesso e dinamico che implica interdipendenza tra fattori e determinanti personali, socioeconomici e ambientali. Ne discende quindi una corresponsabilità da parte di tutti i settori le cui politiche, a vario titolo, hanno impatto su tali determinanti (governi a tutti i livelli, terzo settore, associazionismo, impresa, commercio, mobilità, ricerca, sistema sociale e sanitario, istruzione, ecc.).”*

Interessante quanto specificato nel Piano in oggetto, laddove si afferma appunto che: *“il PNP 2020-2025 intende consolidare l'attenzione alla centralità della persona, tenendo conto che questa si esprime anche attraverso le azioni finalizzate a migliorare l'Health Literacy (alfabetizzazione sanitaria) e ad accrescere la capacità degli individui di agire per la propria salute e per quella della collettività (empowerment) e di interagire con il sistema sanitario (engagement) attraverso relazioni basate sulla fiducia. Affermare la centralità della persona e delle comunità nell'ambito della*

¹⁰⁶ “Da un punto di vista di teoria economica, un importante impedimento alla messa in opera di varie misure preventive è che gli individui traggono utilità non solo dalla loro salute, ma spesso dal consumo di beni e dal compiere attività che riducono lo stock di salute. La decisione di fumare, mangiare cibo “spazzatura”, guidare pericolosamente o, più in generale, la mancanza di attenzione agli effetti che determinate attività quotidiane hanno sullo stato di salute, risiede spesso nelle preferenze degli individui. Tali preferenze derivano non solo dalle caratteristiche intrinseche degli individui stessi, ma anche dai fallimenti del mercato, provocati dalla mancanza di adeguate informazioni, dall'insufficiente livello d'istruzione, dalla mancanza di capacità di autocontrollo o dalla non corretta valutazione delle conseguenze di particolari azioni. Tutto ciò suggerisce che i costi della sanità siano spesso legati a meccanismi che hanno origine nelle differenze demografiche, socioeconomiche o culturali tra gli individui. Un fondamentale compito della prevenzione sta quindi nel ripristinare l'equità in termini di determinanti dei fattori di rischio, che a loro volta porterebbero a una maggiore equità nei livelli di salute individuali. Lo scopo della prevenzione è quindi quello di formulare strategie di intervento, rivolte a gruppi specifici di individui, particolarmente esposti a determinati fattori di rischio o inclini a comportamenti pericolosi per la loro salute. In tal senso, la prevenzione rappresenta uno strumento efficace nella redistribuzione della salute e della longevità”. Cfr. V. ATELLA, E. BORGONOV, C. COLLICELLI, J. KOPINSKA, F. LECCI e F. MAIETTA, *La prevenzione come elemento per la sostenibilità del SSN*, cit., p. 11

¹⁰⁷ “L'ambiente, nella sua accezione più completa e complessa, comprensiva di stili di vita, condizioni sociali ed economiche, è un determinante fondamentale per il benessere psicofisico e quindi per la salute delle persone e delle popolazioni. Molti processi patologici trovano la loro eziopatogenesi in fattori ambientali, come evidenziato anche dalle recenti acquisizioni in tema di epigenetica”. Cfr. PNP 2020 - 2025, p. 73

¹⁰⁸ “L'esperienza COVID-19 ha evidenziato ancora una volta l'importanza della collaborazione intersettoriale per affrontare le complesse conseguenze non solo sanitarie dell'epidemia (ad es. impatto economico, sociale e psicologico della crisi e del lockdown) e della cooperazione in ambito scientifico attraverso la condivisione dei dati sia per le valutazioni epidemiologiche sia per la ricerca di farmaci efficaci e la messa a punto di un vaccino”. Cfr. PNP 2020 -2025, p. 5

programmazione sanitaria e sociosanitaria significa riconoscere che la salute, individuale e collettiva, è un processo il cui equilibrio è determinato da fattori sociali ed economici oltre che biologici. In tale contesto la promozione della salute è chiamata a caratterizzare le politiche sanitarie non solo nell'obiettivo di prevenire una o un limitato numero di condizioni patologiche, ma anche a creare nella comunità e nei suoi membri un livello di competenza e capacità di controllo (empowerment) che mantenga o migliori il capitale di salute".

Alla luce di quanto evidenziato nella prima parte dello scritto, se le esigenze di bilancio e di contenimento della spesa pubblica potrebbero avere un impatto (negativo) anche sui profili della prevenzione, in realtà in questo ambito, come visto, molte risorse non sono state utilizzate; si avverte ancor di più, quindi, una esigenza di razionalizzazione e gestione delle risorse le quali si pongono - con quelle destinate alla cura - in un rapporto 'circolare', nel senso cioè, che se l'attività di prevenzione è gestita e organizzata in modo ottimale ed efficace (in questo, come accennato nella prima parte dell'analisi, notevole importanza assume la telemedicina), ci sarà un impatto positivo, (anche in termini di risparmio di spesa) relativamente alla gestione e cura dei pazienti.

Risulta quindi essenziale una razionalizzazione (e sintesi) delle *esigenze di promozione e prevenzione* affinché, anche in tal caso, non ci sia un approccio asettico, che perda di vista il reale impatto positivo della spesa, nel sistema appunto di prevenzione.

Tornando alla complessità e alla molteplicità di temi, problemi e strategie - che diventano un fattore di criticità sotto il profilo del coordinamento degli interventi - il Piano (nell'ottica 'fluviale' a cui si è fatto riferimento), prevede ben 13 linee che insistono proprio sull'aspetto dello scambio e dell'interazione: Linea 1: *Attivazione di Tavoli tecnici per il rafforzamento delle strategie di promozione della salute e prevenzione secondo l'approccio di "Health in all policies (HiAP)";* Linea 2: *Implementazione di un sistema di sorveglianza nazionale per la rilevazione dei tassi di allattamento materno al 1°, 3° e 6° mese;* Linea 3: *Attivazione di Tavoli tecnici per il rafforzamento della Salute globale del lavoratore secondo l'approccio Total Worker Health;* Linea 4: *Promozione, a livello nazionale e regionale, del coordinamento e della definizione di politiche, programmi e interventi integrati in campo ambientale e sanitario;* Linea 5: *Integrazione delle informazioni derivanti da dati ambientali e sanitari per il miglioramento delle conoscenze su rischi ambientali e salute e loro relazioni;* Linea 6: *"From science to action". Sviluppo di un approccio metodologico per l'elaborazione di proposte italiane di misure di gestione del rischio nel contesto del regolamento REACH;* Linea 7: *Definizione di linee di indirizzo per orientare i regolamenti d'igiene edilizia in chiave eco-compatibile e sviluppare specifiche competenze sul tema degli ambienti confinati e dell'edilizia residenziale negli operatori dei Servizi Sanitari Regionali;* Linea 8: *Definizione di un Piano nazionale per la qualità dell'aria indoor (IAQ);* Linea 9: *Piattaforme informatiche per i prodotti chimici e per le bonifiche dall'amianto;* Linea 10: *Perseguimento dell'equità nella offerta e nella erogazione dei programmi di screening oncologico organizzato su tutto il territorio nazionale e valutazione di modelli tecnico-organizzativi anche in nuovi*



ambiti di patologia; Linea 11: Definizione di un Piano nazionale/Linee di indirizzo per le dipendenze; Linea 12: Sviluppo dell'approccio One Health e Planetary Health per la governance della prevenzione primaria post COVID-19; Linea 13: Predisposizione, aggiornamento e attuazione di un piano nazionale condiviso tra diversi livelli istituzionali per la preparazione e la risposta a una pandemia influenzale.

Il Piano prevede altresì, 6 cd Macro obiettivi (MO), comprensivi delle connesse strategie. MO1: Malattie croniche non trasmissibili; MO2: Dipendenze e problemi correlati; MO3: Incidenti domestici e stradali; MO4: Infortuni e incidenti sul lavoro, malattie professionali; MO5: Ambiente, clima e salute; MO6: Malattie infettive prioritarie. In questa sede ci si soffermerà sugli ultimi due: Ambiente, clima e salute (MO5) e malattie infettive prioritarie (MO6).

Alla luce di questa elencazione delle linee di intervento e dei macro obiettivi, c'è il rischio di *disperdersi*, la molteplicità diventa ancora più difficile da gestire e coordinare nel momento in cui non si cerca un'opera di sintesi, con obiettivi mirati e puntuali. La *"promozione del coordinamento dei programmi sanitari e ambientali"*, *"i tavoli tecnici per le strategie di promozione della salute"*, *"le linee di indirizzo"*, *"l'integrazione delle informazioni"*, *"i piani nazionali condivisi"*, etc., se obiettivamente sono fattori ed attività utili e necessarie, diventano elementi, appunto di dispersione, laddove non si definiscano in modo preciso, dettagliato, tempi e modalità specifiche di intervento.

Infine una considerazione di metodo. È certo che ai fini della prevenzione il piano sia lo strumento più adeguato? Posta la necessaria flessibilità delle misure (diverse in ordine agli eventi) sembra difficile programmare posto che la programmazione assume connotati sensibilmente diversi a seconda della tipologia di evento fronteggiare e da prevenire, il che – al netto delle criticità sopra evidenziate sulla tecnica redazionale – porta a riconsiderare la centralità della programmazione in tema di prevenzione.

2. Il problema della governance e della gestione (integrata) degli interventi di prevenzione, in particolare: Ambiente, clima e salute (M05) e Malattie infettive prioritarie (M06).

Preso atto della complessità degli interventi, l'obiettivo è quello della condivisione e dello scambio, a più livelli, in modo da affrontare efficacemente i problemi attinenti alla prevenzione e gestione sanitaria nelle sue diverse declinazioni; come infatti specificato nella parte introduttiva del Piano: *"l'emergenza COVID-19 ha evidenziato l'esigenza di rimodulare e potenziare, nel breve e medio termine, gli interventi di prevenzione del rischio e promozione della salute basati su reti integrate di servizi sociosanitari e sul coinvolgimento della popolazione in processi di empowerment."*, ancora: *"è indispensabile programmare e progettare sempre più in modo integrato ed in termini di rete coordinata e integrata tra le diverse strutture e attività presenti nel Territorio e gli Ospedali, i quali se isolati tra di loro e separati dal territorio che li circonda non possono rappresentare l'unica risposta ai nuovi bisogni imposti dall'evoluzione demografica ed epidemiologica. È necessario*



quindi disporre di sistemi flessibili di risposta, con capacità di richiamare su temi emergenti risorse umane per i compiti da svolgere in tempi rapidi. Questa capacità di reazione alle emergenze va preparata con formazione di operatori di tutti i settori, che al momento opportuno possano lavorare in sinergia su uno stesso obiettivo”.

Il problema è dunque quello di *governance* della prevenzione e di integrazione delle politiche nazionali, regionali, locali, nell’ottica del raggiungimento dei *risultati di salute* (in questo quadro si inseriscono poi i livelli di programmazione e *governance* a livello mondiale ed europeo, che non sono oggetto della presente analisi) e di interventi attuativi: coordinati, integrati, flessibili, al fine di dare risposte complete e tempestive.

Si pensi, ad esempio, al Macro obiettivo 05: *Ambiente, clima e salute* laddove si può mettere in evidenza proprio la complessità e la multifattorialità che lo caratterizza (posta l’incidenza di aspetti sociali, economici, sanitari) in cui attori e misure sono diversi; il coordinamento non è agevole; se *“il settore sanitario può dare un contributo decisivo alla salvaguardia della biodiversità e al miglioramento dell’ambiente costruito operando in modo sistematico, promuovendo tecnologie rispettose dell’ambiente, consumi sostenibili, bioedilizia e spazi verdi urbani e una gestione dei sistemi sanitari più efficiente”* è di tutta evidenza che è necessaria l’interazione con altri attori, altre regole e settori (edilizia, urbanistica, appalti e concessioni, trasporti).

Allo stesso modo, con riferimento al Macro obiettivo 06: *Malattie infettive prioritarie*, il coordinamento non risulta agevole posto che: *“il contrasto alla diffusione delle malattie richiede un complesso integrato di interventi che comprendono, in varia misura: la corretta informazione e educazione dei soggetti, l’alfabetizzazione sanitaria della popolazione, la promozione della immunizzazione attiva e la profilassi dei soggetti esposti, la tempestività e la qualità delle diagnosi, l’appropriatezza e la completezza dei trattamenti terapeutici, il monitoraggio degli esiti degli interventi e dei loro eventuali eventi avversi”*.¹⁰⁹

2.1. Rapporto contratti pubblici – ambiente.

A proposito della multisettorialità e della integrazione tra discipline, con riferimento al primo degli ambiti sui quali si vuole soffermare l’attenzione (M05), interessante - soprattutto dal punto di vista del diritto amministrativo - il contributo, in termini di prevenzione e tutela dell’ambiente, della normativa in tema di contratti pubblici. La rilevanza ambientale nel settore dei contratti è infatti ampia¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cfr. Piano nazionale di prevenzione 2020 – 2025, p. 100

¹¹⁰ Per una analisi normativa e giurisprudenziale del tema, sia consentito il rinvio al F. F. GUZZI, *La rilevanza ambientale nel settore dei contratti pubblici*, in questa Rivista, n. 2/2024. In generale, sul tema, si veda: E. BELLOMO, *Appalti verdi in urbanistica ed edilizia: criteri ambientali minimi*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1/2020; M. CAFAGNO, *L’ambiente nei contratti pubblici: due angoli visuali e una morale*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 4/2021;

A livello europeo, si veda il Libro verde sugli appalti pubblici del 1996, nel quale si affermava che la tutela ambientale può essere raggiunta tramite gli appalti; nel dettaglio: *“in questo campo specifico gli Stati membri (ed i loro organi) prestano una sempre maggiore attenzione alle considerazioni di natura ambientale nell’ambito della stipulazione di appalti pubblici. In ragione delle loro dimensioni, tali appalti possono infatti avere ripercussioni molto importanti su talune attività economiche ovvero anche rivelarsi determinanti per lo sviluppo commerciale di taluni prodotti”*.

Si possono poi citare, sul tema, numerose comunicazioni, ad esempio COM (1998) 143, in cui si è affermata - nel rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione - la legittimità di elementi che concorrono a qualificare l’oggetto della prestazione: i criteri ambientali minimi negli appalti e la possibilità di inserire criteri ambientali nell’offerta economicamente più vantaggiosa, nonché di escludere operatori economici condannati per ‘reati ambientali’.¹¹¹

T. CELLURA, *L’applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2016; M. CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007; R. COSTANZO, *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici. I criteri ambientali minimi*, in *AmbienteDiritto*, n. 1/2023; G. CREPALDI – R. MICALIZZI, *Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali*, in *federalismi.it.*, n. 14/2023; F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, II, Milano, 2019; Id. *L’uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quadrim. dir. amb.*, n. 3/2020; A. DI GIOVANNI, *L’ambiente sostenibile nel nuovo codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il dir. dell’econ.*, n. 1/2018; R. DI PACE, *Profili ambientali nella procedura di realizzazione delle opere pubbliche*, in P. Dell’Anno - E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell’ambiente*, Vol. II, Padova, 2013; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all’alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 5/2012; F. FRACCHIA - S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. quadrim. amb.*, n. 2/2020; G. FRANCHINA, *Contratti pubblici e criteri ambientali minimi*, in *AmbienteDiritto* n. 2/2022; I. GRIGOUT, *Profili di rilevanza ambientale nella disciplina dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, marzo 2021; M. LUPO, *La disciplina delle clausole ambientali*, in *La riforma dei contratti pubblici (D. lgs. n. 36/2023)*, a cura di F. Manganaro - N. Paolantonio - F. Tigano, Messina, 2024; M. RENNA, *Autonomia contrattuale e sostenibilità. Alcune ricadute in termini di fattispecie, effetti e funzioni*, in *Astrid – Rassegna* n. 4/2024; S. TRANQUILLI, *La rilevanza degli aspetti ambientali. Il codice dei contratti pubblici è «sostenibile»?* , in *Innovazione e conservazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici* - Atti dei seminari di studio tenuti presso l’Università della Calabria il 16 maggio 2023 e il 22 novembre 2023 - (a cura di) F. F. Guzzi, Napoli, 2024; L. VENTURA, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Dir. comm. int.*, 2020; S. VERNILE, *“Nuovo” Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l’economia circolare*, in *Riv. giur. amb.*, n. 3/2023; S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Il dir. dell’econ.*, n. 2/2015; Id. *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 3/2017

¹¹¹ Più nel dettaglio, al capitolo 4, vengono configurate le possibilità esistenti per prendere in considerazione aspetti di tutela ambientale: *“le regole delle direttive relative agli appalti pubblici permettono, in determinate condizioni, di escludere i candidati che infrangono la normativa ambientale nazionale. Le amministrazioni acquirenti possono elaborare specifiche tecniche, relative alle caratteristiche delle opere, delle forniture o dei servizi oggetto degli appalti, che prendano in considerazione i valori ambientali. Gli enti acquirenti possono sin d’ora incoraggiare lo sviluppo di un atteggiamento attivo delle imprese nei confronti dell’ambiente, accettando*

Oltre alla citata comunicazione, possiamo ricordare le COM (1999) 263, COM (2000) 576, COM (2001) 68, COM (2003) 302, COM (2008) 397, COM (2008) 400, COM (2019) 640.

Per quanto concerne invece le direttive, la direttiva appalti 2014/24, e ancor prima la direttiva 2004/17 (lo stesso vale per le concessioni, direttiva 2014/23 e ancor prima la direttiva 2004/18), ha previsto la possibilità di prendere in considerazione aspetti ambientali subordinando il principio di economicità appunto a profili di tutela ambientale e sociale.

Nel considerando 37 afferma che: *“in vista di un’adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro”*.

Il considerando 38 afferma invece che: *“la vigilanza sull’osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell’applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l’aggiudicazione dei contratti, nell’applicare i criteri di esclusione e nell’applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse. La necessaria verifica a tal fine dovrebbe essere effettuata conformemente alle pertinenti disposizioni della presente direttiva, in particolare quelle relative ai mezzi di prova e alle autodichiarazioni”*.

nei loro appalti prodotti che corrispondano alle esigenze definite nei capitolati d’oneri. Si veda, ad esempio, quanto affermato nel successivo punto 5.48: “anzitutto, analogamente a quanto avviene per gli aspetti sociali, la salvaguardia dell’ambiente può essere assicurata mediante normative specifiche, la cui violazione comporta la condanna dell’imprenditore per un reato inerente alla sua moralità professionale o il riconoscimento di una sua colpa grave in campo professionale. In questi casi, le direttive consentono alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori di escludere dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici tutti gli imprenditori che hanno violato tali norme”. Il punto 5.49: “in secondo luogo, la tutela dei valori ambientali può avvenire nel quadro delle prescrizioni tecniche riguardanti le caratteristiche dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto degli appalti, vale a dire delle specifiche tecniche che gli organismi acquirenti devono indicare nei documenti generali degli appalti ed alle quali i partecipanti devono conformarsi, secondo quanto disposto dalle direttive. Si dovrebbe cercare di sviluppare norme europee o specifiche tecniche comuni, al fine di includere e valorizzare gli aspetti ambientali, evitando al contempo implicazioni negative per il mercato interno risultanti dall’elaborazione di criteri troppo differenziati.” Il punto 5.50: “in terzo luogo, le disposizioni delle direttive, consentono, a determinate condizioni, l’integrazione dell’obiettivo della tutela dell’ambiente nei criteri di selezione dei candidati agli appalti. Tali criteri mirano ad accertare le capacità economiche, finanziarie e tecniche dei candidati e, di conseguenza, possono includere le esigenze ambientali in funzione della capacità richiesta in occasione di appalti particolari”. Il punto 5.51: “in quarto luogo, nella fase di aggiudicazione degli appalti, gli elementi ambientali potrebbero svolgere un ruolo nell’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ma soltanto nel caso in cui il riferimento a tali elementi permetta di misurare un vantaggio economico, specifico alla prestazione oggetto dell’appalto, a beneficio diretto dell’amministrazione aggiudicatrice o dell’ente aggiudicatore”. Infine il punto 5.52: “in quinto luogo, gli organismi acquirenti possono assicurare la protezione dell’ambiente tramite le condizioni di esecuzione imposte agli aggiudicatari degli appalti su base contrattuale. In altri termini, un’amministrazione aggiudicatrice può chiedere al fornitore la cui offerta è stata prescelta, che l’esecuzione della prestazione oggetto del contratto avvenga nel rispetto di determinati obblighi tesi a tutelare l’ambiente.”



Si stabilisce dunque che le procedure di gara debbano dare adeguato spazio alla tutela dell'ambiente attraverso misure "pertinenti" e che è necessario vigilare sul rispetto dei cd obblighi ambientali in tutte le fasi della procedura di gara (predispensione del bando, requisiti di partecipazione, criteri di valutazione delle offerte, caratteristiche del prodotto e specifiche tecniche¹¹², condizioni di esecuzione).

Si vedano infine i considerando della direttiva: 41, in tema di misure ambientali, 67 e 68, sui criteri ambientali nell'offerta economicamente più vantaggiosa, 91, in tema di sviluppo sostenibile, 96, in tema di costi del ciclo di vita.

Le istanze europee sono state ovviamente recepite a livello nazionale (già dal Codice del 2006) in modo che la disciplina contrattuale potesse appunto 'orientare' il mercato verso condotte sostenibili sotto il profilo della tutela dell'ambiente e quindi anche della salute.

Nel dettaglio, la disciplina incide innanzitutto i requisiti di partecipazione, nel momento in cui si è prevista, come possibile causa di esclusione dalla gara, l'aver violato gli obblighi in materia ambientale; nell'attuale assetto normativo - in base all'art. 94, comma 1, lett. a), il traffico illecito di rifiuti, art. 452-*quaterdecies* c.p., rientra nelle ipotesi di esclusione automatica; rilevano altresì le condotte di reato che, in quanto determinanti, ex art. 32-*quater* c.p., la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione - rientrano ex art. 94, comma 1, lett. h), nell'alveo dell'esclusione automatica: sono i reati di cui all'art. 452-*bis* c.p., Inquinamento ambientale, art. 452-*quater* c.p. Disastro ambientale, art. 452-*sexies* c.p., Traffico e abbandono di materiale radioattivo, art. 452-*septies*, Impedimento del controllo).

Al netto delle ipotesi di esclusione riconducibili ai cd requisiti di partecipazione dell'operatore economico, un importantissimo ruolo nella prevenzione e tutela dell'ambiente, che impatta nella tutela della salute (sul punto si veda Consiglio di Stato n. 1635/2019, secondo cui la tutela dell'ambiente è ampliativa della portata dell'art. 32 della Costituzione che ha consentito di estendere l'ambito della tutela garantita alla salute pubblica anche mediante le certificazioni di prodotto) hanno i cd requisiti minimi ambientali (CAM), i quali si pongono come requisiti obbligatori del prodotto (relativamente alle categorie merceologiche previste

¹¹² L'articolo 42 (Specifiche tecniche) con riferimento appunto alle caratteristiche del prodotto stabilisce che: "le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti: a) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto". Il successivo art. 44 (Etichettature), stabilisce che: "Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono acquistare lavori, forniture o servizi con specifiche caratteristiche ambientali, sociali o di altro tipo, possono imporre nelle specifiche tecniche, nei criteri di aggiudicazione o nelle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, un'etichettatura specifica come mezzo di prova che i lavori, le forniture o i servizi corrispondono alle caratteristiche richieste".

dai vari decreti ministeriali) e che incidono quindi sull'offerta; di conseguenza, la loro mancata previsione nei bandi è in grado di travolgere l'intera procedura di gara¹¹³.

I criteri obbligatori minimi rappresentano quindi una modalità attraverso cui il mercato dei contratti pubblici (l'acquisto di beni pubblici rappresenta il 17% del PIL nazionale e il 14% del PIL europeo) contribuisce allo sviluppo sostenibile nei processi di produzione e consumo con effetti sulla salute e l'ambiente. Si agisce in modo 'indiretto' orientando il mercato verso l'acquisto di prodotti eco-sostenibili stimolando lo studio e la ricerca dei prodotti cd *green*.

Il che è interessante ai nostri fini, per testimoniare la multidisciplinarietà del sistema con riferimento, in tal caso, al rapporto ambiente – salute.

2.2. Prevenzione e gestione malattie infettive: esigenza di integrazione e coordinamento.

Venendo all'altra area sulla quale si vuole soffermare l'attenzione ovvero la prevenzione e gestione delle malattie infettive (M06), la pandemia ha messo in evidenza la necessità di integrazione e coordinamento. Il quadro normativo è complesso e stratificato.

La Costituzione, all'articolo 117 Cost., ripartisce la tutela della salute nell'ambito della concorrenza competente tra Stato e Regioni; la legge prevede in capo allo Stato: *"la profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie, nonché gli interventi contro le epidemie e le epizootie"* (pur delegando alle regioni l'esercizio delle funzioni amministrative) e ripartisce tra il Ministero della Salute, i Sindaci e i Presidenti delle Giunte regionali la competenza ad emanare ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica rispettivamente sul territorio nazionale e su quello regionale e comunale.

C'è poi da considerare il d. lgs. n. 1/2018 che disciplina il codice della Protezione civile, prevedendo ruolo e poteri del Presidente del Consiglio nell'adottare ordinanze di protezione in materia di salute pubblica, anche attraverso il coinvolgimento dei governi regionali. Come si vede è un assetto centralizzato e al contempo stratificato il cui coordinamento non si è

¹¹³ Sul punto si veda Consiglio di Stato, III, n. 8773/2022, secondo cui appunto, il mancato recepimento dei CAM 'travolge' la gara, sebbene tuttavia non ci sia un obbligo di immediata impugnazione per gli operatori economici (vige il noto principio della immediata impugnabilità solo per le clausole cd escludenti o impeditive). Se però - come affermato dal Consiglio di Stato, V, sentenza n. 972/2021, le disposizioni di cui al D.M. 7 Marzo 2012: *"lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume plasticamente dall'art 34"*, e in precedenza dal TAR Veneto, n. 329/2019: *"si deve ritenere che l'obbligo di rispettare i criteri minimi ambientali derivi direttamente dalla previsione contenuta all'art. 34 del D.Lgs. n. 50/2016, che costituisce norma imperativa e cogente e che opera, pertanto, indipendentemente da una sua espressa previsione negli atti di gara"*, ne potrebbe di conseguenza derivare non la illegittimità del bando ma l'applicazione *ex lege* dei criteri ambientali minimi sempre laddove, però, ci siano offerte di operatori economici che si siano adeguati ai parametri ministeriali (ai quali gli stessi dovrebbero ottemperare).

rivelato agevole: lo dimostra il conflitto tra Stato e Regioni in merito al quale il giudice amministrativo è intervenuto a più riprese¹¹⁴.

Il coordinamento non si è dunque dimostrato efficace in quanto – complice anche un *quadro sanitario non chiaro* – si è oscillato tra esigenze di centralizzazione e autonomia territoriale¹¹⁵; sono noti - nel periodo pandemico - i *passi in avanti* fatti delle regioni (alla luce della ‘maggiore conoscenza’ del quadro territoriale) sia in senso maggiormente restrittivo sia in senso meno restrittivo; in merito al primo caso, si pensi alla decisione della Regione Marche con la quale già il 25 febbraio del 2020 (dunque molto prima del *lockdown* nazionale) era stata disposta la chiusura di scuole, musei e inibite tutte le manifestazioni pubbliche di qualsiasi natura al fine di contrastare la diffusione del coronavirus; decisione ritenuta illegittima dal TAR Marche (decreto 27 febbraio 2020).

In merito alla seconda, si pensi alla decisione della Regione Calabria di anticipare (anche per ragioni di ‘ripresa economica’¹¹⁶) la riapertura della attività già dal 30 aprile 2020 (si veda, ad esempio, la possibilità di espletamento del servizio ai tavoli anche all’aperto e dunque non solo l’asporto e la consegna a domicilio come previsto a livello nazionale); decisione anche questa ritenuta illegittima dal TAR Calabria (sentenza n. 841/2020). *Passi in avanti*, dunque, dichiarati sempre illegittimi dal giudice amministrativo.

La stessa Corte Costituzionale – sentenza n. 37/2021¹¹⁷ – si è pronunciata in merito ai conflitti Stato-regioni (nella fattispecie, in seguito all’impugnazione da parte del Governo della legge regionale della Valle d’Aosta n. 11/2020 recante “*Misure di contenimento della diffusione del virus*”).

114 In merito si veda E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid 19*, in *Osservatoriosullefonti*, fasc. speciale/2020

115 Sul punto si veda M. GOLA, *Pandemia, Stato e Regioni: quando la ‘materia’ non basta (nota a Corte Costituzionale n. 37/2021)*, in www.giustiziainsieme.it secondo cui: “il problema è che, in generale, l’enfasi dell’affermazione dell’autonomia territoriale come soluzione risolutiva rispetto a un sistema inefficiente da superare rischia di assegnare allo Stato un ruolo di mero interprete e coordinatore di altri ‘centri’. Questi ultimi, sempre più destinati a esprimersi con decisioni autonome, portano a dimenticare che lo Stato ha una propria soggettività, legata a fini complessi ed espressione della sovranità che lo caratterizza, anche sul piano internazionale. Anche la tendenza alla negoziazione - pur in linea di principio garanzia di maggiore efficacia -, che permea la gran parte delle decisioni statali, come conseguenza di questa tendenziale parificazione tra livelli territoriali diversi, finisce per diventare occasione di ‘annacquamento’ delle responsabilità, depotenziando il ruolo di decisore anche quando l’attribuzione del potere è chiaramente ritenuta da Costituente e legislatore di dimensione sovra regionale”.

116 Sul punto si veda M. GOLA, *Pandemia, Stato e Regioni: quando la ‘materia’ non basta (nota a Corte Costituzionale n. 37/2021)*, cit., secondo cui: “occorre infatti distinguere tra norme dirette alla limitazione del contagio e quelle rivolte al ripristino - ristoro economico: il contrasto della pandemia soddisfa l’interesse sanitario, ma la ricaduta economica della pandemia muove strumenti di natura diversa da quelli riconducibili al potere sanitario quando nei provvedimenti di emergenza l’oggetto è l’attività economica e il suo sostegno”.

117 In merito si veda M. GOLA, *Pandemia, Stato e Regioni: quando la ‘materia’ non basta (nota a Corte Costituzionale n. 37/2021)*, cit.; E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale. Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4*, in www.giustiziainsieme.it.

SARS- COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza”), affermando in modo netto la competenza statale e, di conseguenza, la “sovrapposizione della catena di regolazione della Regione a quella prescelta dalla competente normativa dello Stato, con conseguente invasione di una sfera di attribuzione sottratta all’intervento del legislatore regionale. Per tale verso, è infatti pacifico che la competenza statale esclusiva in materia di «profilassi internazionale» si imponga anche alla Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, atteso che essa non può vantare alcuna attribuzione statutaria avente simile oggetto. Il titolo per normare attivato dal legislatore statale in forza dell’art. 117, secondo comma, lettera q), Cost. corrisponde, infatti, ad una sfera di competenza che lo Stato già deteneva, nei confronti della Regione, prima ancora dell’entrata in vigore del nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione [...]. Non vi può essere in definitiva alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare, la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo”.

Ad ogni modo, la evidenziata conflittualità è comunque indice della oggettiva difficoltà di coordinamento e della messa in crisi del principio di leale collaborazione, ciò anche alla luce della dimensione internazionale della pandemia¹¹⁸ la quale sembra avere inciso sui suddetti

118 “A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche» (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell’ordinamento costituzionale l’esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l’uguaglianza delle persone nell’esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l’interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002). Accade, infatti, che ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta all’ambito di competenza locale, abbia un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla. Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali.”. Cfr. Corte Costituzionale - sentenza n. 37/2021. In merito è stato però messo in evidenza che: “in realtà, fin dall’inizio della gestione pandemica le istituzioni europee e internazionali sono sembrate assenti o quanto meno incerte su che tipo di misure e procedure si dovessero concordare e attuare unitariamente per gestire il virus pandemico. Non v’è traccia di programmi o piani elaborati in seno alla comunità europea e internazionale tale da giustificare il richiamo agli stessi e, conseguentemente, alla centralizzazione statale della disciplina della pandemia. L’unico profilo di rilievo internazionalistico è stato il comunicato con cui l’Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato il Covid-19 pandemia di rilevanza internazionale. Dall’analisi in combinato disposto delle fonti indicate si intuisce come la profilassi internazionale abbia una rilevanza ‘esterna’ che attiene ad un complesso di attività degli organi statali che si proiettano al di fuori dei confini nazionali, ovvero esclusivamente ai confini o alle frontiere. Inoltre, analizzando l’articolo 113 del decreto legislativo n. 112/1998 si evince che tutto ciò che concerne le attività di prevenzione delle malattie infettive con carattere di diffusività vada ascritto alla salvaguardia della salute umana, della salute in generale che, come risulta dal riparto di competenze cui al Titolo V Cost., costituisce materia concorrente tra Stato e Regioni. Pertanto, le considerazioni della Corte apparirebbero eccessivamente pregiudizievoli per le competenze e il ruolo che i Governi regionali hanno nel sistema costituzionale, anche a fronte della considerazione per la quale la profilassi internazionale implicherebbe un insieme di attività che, lo si ripete, dovrebbero svolgersi esclusivamente nei punti di confine e non su tutto il territorio nazionale” Cfr. M.

rapporti e soprattutto sulla competenza statale la quale - come legittimato anche dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale - è risultata prioritaria¹¹⁹.

C'è da precisare in merito che, nonostante le decisioni dei giudici fossero supportate da elementi normativi (soprattutto il riferimento alla “*profilassi internazionale*”) tesi a configurare la centralità statale (con speculare dichiarazione di illegittimità degli interventi regionali), qualche dubbio di fondo - in merito al rapporto tra istituzioni sotto il profilo collaborativo ma anche di analisi specifiche e di dettaglio in ordine al quadro territoriale interessato - è rimasto. Ciò conferma che, al netto della previsione normativa, l'assetto organizzativo non è risultato pienamente soddisfacente ed eccessivamente restrittivo nei confronti dell'autonomia regionale; tanto è vero che si è parlato di “marginalizzazione della possibilità d'influenza regionale sui provvedimenti normativi adottati”¹²⁰, di crisi dei rapporti centro-periferia alla luce dell'assenza di “particolari forme di concertazione o strumenti di coordinamento”¹²¹, di principio di leale collaborazione quale “vera vittima istituzionale dell'epidemia”¹²².

3. Conclusioni.

Lo studio dal punto di vista giuridico, ma anche multidisciplinare, della materia salute, suscita interesse anche alla luce dell'impatto - come chiarito in premessa - di numerosissimi aspetti che travalicano i profili strettamente legati al diritto, per proiettarsi in ambiti diversi ma connessi, quali: l'economia, il *management*, la politica, la sociologia, la tecnologia e l'innovazione digitale, la ricerca operativa.

MANDATO, *Sulla titolarità delle competenze in materia di emergenza sanitaria. A proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2021, p. 537. Sul punto si veda altresì G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”* in *Forum quad. costituz.* - rassegna, n. 3/2021, secondo cui: “l'impostazione internazionalistica serve alla Corte come arma retorica per giustificare l'“assorbimento funzionale” delle competenze regionali nel contrasto alla pandemia da parte dello Stato; fenomeno rispetto al quale essa ha, in realtà, già individuato a priori proprio in quello statale «il livello di governo adeguato» per l'adozione delle misure di contenimento del contagio, nella convinzione che, in assenza di uniformità normativa su tutto il territorio nazionale, si potessero creare le condizioni per una maggiore trasmissibilità della malattia al di qua e persino al di là delle frontiere. Pertanto, nell'argomentazione della Corte, è assai più l'internazionalità della pandemia che il (formale) rilievo internazionale dell'attività di profilassi a richiedere “logicamente” una regia unitaria sul piano legislativo interno”.

119 In merito al rapporto Stato - Regioni (anche in un'ottica comparata), si veda E. SZMULEWICS - S. PITTO, *Relazioni intergovernative e settore sanitario. Il modello italiano alla prova della crisi*, in *DPCE online*, n. 4/2024

120 Cfr. E. CATELANI *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020

121 E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, cit.

122 G. COINU, *Un nuovo capitolo nel variegato conflitto Stato-Regioni: le ordinanze regionali “contro” gli spostamenti verso le seconde case*, in *federalismi.it*, n. 14/2021

Era obiettivo di questa analisi il riferimento agli ambiti citati al fine di dimostrare la complessità della materia legata ai diversi attori (istituzionali e non), alle numerose linee di intervento, agli aspetti economici, gestionali, organizzativi, sociali.

Il filo conduttore sembra essere la piena e chiara consapevolezza che la salute si connette ad una molteplicità di fattori, tutti interdipendenti: personali¹²³, istituzionali, socio-economici, tecnologici, ambientali e contrattualistici. Come emerso dall'analisi sembra però che il sistema, sebbene abbia preso atto della complessità, non è stato ancora in grado di arrivare ad un pieno ed efficace coordinamento delle varie strategie, all'interno delle quali i vari scopi sembrano assurgere più che altro ad un 'manifesto', ad un proposito, ad un auspicio a cui non corrisponde la concretezza delle linee attuative che, come auspicato nello scritto, passano necessariamente da un'opera di sintesi (e anche riduzione) di obiettivi.

Come precisato, le numerose affermazioni di principio (vedi il piano di prevenzione), per quanto corrette e condivisibili, rischiano di rimanere come tali laddove non vengano specificati in modo chiaro, sintetico, 'elementare', gli interventi attuativi delle ambiziose finalità, i diversi "tasselli del sistema". Si pensi al rapporto (irrisolto) tra Stato-Regioni¹²⁴ e, più in generale, a quello tra le varie istituzioni; al problema della razionalizzazione della spesa; al coordinamento tra attori istituzionali nella prevenzione, alla concreta realizzazione della digitalizzazione sanitaria e della "nuova" sanità territoriale.

Senza pretese di esaustività e completezza - posto che il tema ha natura amplissima - si è scelta una precisa linea di ricerca nel cui ambito si è cercato di mettere in evidenza i caratteri

123 Sul punto in termini critici, S. TOMELLERI, *Quando l'habitus fa il monaco: mutamenti sociali, stili di vita e disuguaglianze*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, p. 67: "la teoria comportamentale si concentra sulle scelte personali. La responsabilità della salute è della singola persona che assume comportamenti non salutari. Questa teoria tuttavia sovrastima il ruolo delle persone e il loro potere di scelta. Infatti le scelte sono date all'interno di un ventaglio di possibilità che dipendono sia dalle conoscenze del soggetto che dalle strutture sociali e dai loro vincoli economici. Questo approccio, sebbene abbia ricevuto molte critiche, tende ancora oggi a dominare il dibattito pubblico. Le politiche per la salute rimangono spesso ancorate a una visione individualistica e sono tendenzialmente orientate a modificare i comportamenti dei singoli, sottovalutando gli altri fattori di rischio e soprattutto l'habitus e i correlati processi di socializzazione. Una spiegazione possibile è che la teoria comportamentale permetta ai decisori politici una più semplice gestione delle problematiche connesse alla salute, senza dover realizzare cambiamenti strutturali, molto più onerosi e complessi da governare nei loro esiti". "Nell'affrontare il tema della prevenzione rispetto alla salute è inoltre importante tenere presente che si tratta di una dimensione non esclusivamente istituzionale, essendo costituita, per la parte che va sotto il nome di prevenzione primaria, dall'insieme dei comportamenti individuali, quotidiani, e a volte intimi, la cui pratica è legata alla volontà e agli stili di vita delle persone". Cfr. V. ATELLA, E. BORGONOV, C. COLLICELLI, J. KOPINSKA, F. LECCI e F. MAIETTA, *La prevenzione come elemento per la sostenibilità del SSN*, cit., p. 23

124 Che la pandemia ha messo ancora più in evidenza in relazione alle "disfunzionalità mostrate dalla governance del sistema nell'assicurare non solo un indirizzo unitario nel corso della crisi Covid-19, ma anche nella loro strutturale incapacità di garantire uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale (Dimasi, 2020)". Cfr. M. ONERA - M. ONADO, *Una crisi annunciata: analisi economica della sanità italiana dopo la pandemia*, cit. p. 303

generali del sistema, analizzandone taluni profili in cui sono emersi *elementi base*, evoluzioni e criticità.

In tutto ciò, come precisato, sarebbe forse il caso di ripensare alla programmazione nell'ambito della prevenzione alla luce della necessaria flessibilità delle misure (diverse in ordine agli eventi) che sembrano difficilmente irreggimentabili e programmabili appunto in ragione delle molteplici e diverse tipologie di eventi da fronteggiare e da prevenire.

Si è consapevoli del taglio parziale dell'analisi, posto che singoli tasselli della stessa possono trovare un autonomo e più approfondito sviluppo, nonché - dal punto di vista giuridico-legislativo - completamento, soprattutto per quanto concerne la normativa transnazionale - a livello mondiale ed europeo - disciplina che non è stata oggetto di indagine ma che, ovviamente, è importante al fine di avere un quadro completo del tema, anche al fine di comprendere come si possa attuare al meglio il coordinamento (a tutti i livelli) in tema di tutela della salute.

A livello europeo - proprio in ragione dei danni che ha determinato la pandemia covid-19 - sono stati messi in campo numerosi pacchetti di regolamenti tesi a rafforzare il coordinamento e il ruolo delle agenzie dell'UE al fine di migliorare la preparazione per contrastare le minacce per la salute a carattere transfrontaliero. Di conseguenza l'esigenza di coordinamento si allarga ad ambiti transnazionali con l'ambizioso obiettivo di porre in essere un monitoraggio adeguato al fine di adottare rapide e tempestive misure di intervento per combattere e rispondere alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero¹²⁵.

A livello mondiale invece, il Consiglio europeo, nel 2021, ha deciso di sostenere l'avvio dei negoziati per un Trattato internazionale sulla lotta contro le pandemie che allo stato è però bloccato.

125 Il 30 novembre 2022 la Commissione europea ha adottato una comunicazione su una nuova "Strategia globale dell'UE in materia di salute - Una salute migliore per tutti in un mondo che cambia", elaborata per migliorare la sicurezza sanitaria mondiale e garantire a tutti una migliore salute. Il 24 gennaio 2024 il Consiglio europeo ha approvato le conclusioni sulla citata strategia riconoscendo che "la salute fisica e mentale sono un diritto umano e che la salute è un prerequisito per lo sviluppo sostenibile" e accogliendo con favore la comunicazione sulla strategia globale dell'UE in materia di salute, mettendo peraltro in evidenza l'UE e tutti i suoi Stati membri devono svolgere un ruolo guida per garantire che la salute globale rimanga in cima all'agenda internazionale. La salute globale implica multilateralismo e partenariati multipartecipativi inclusivi, assurgendo a pilastro essenziale della politica esterna dell'UE. Approccio globale che deve includere la promozione della salute e del benessere sulla base di tre priorità: 1. migliorare la salute e il benessere delle persone lungo tutto l'arco della vita; 2. rafforzare i sistemi sanitari e promuovere la copertura sanitaria universale; 3. prevenire e combattere le minacce alla salute, comprese le pandemie, applicando un approccio "One Health".



LA TUTELA PREVENTIVA DELLA BIODIVERSITÀ NEL REGOLAMENTO EUROPEO SUL RIPRISTINO DELLA NATURA (NATURE RESTORATION LAW)¹.

Ugo Salanito

Abstract

Lo scritto esamina la disciplina sulla tutela della biodiversità nel regolamento europeo per il ripristino della natura, approvato di recente, concentrando l'analisi sulla portata dell'obbligo di impedire il deterioramento degli habitat.

The paper examines the regulation of biodiversity protection in the recently approved EU Nature Restoration Law, focusing the analysis on the scope of the obligation to prevent the deterioration of habitats.

SOMMARIO: 1. Biodiversità e Costituzione. - 2. Cambiamento climatico e biodiversità. - 3. Ripristino della natura versus responsabilità ambientale. - 4. Il regolamento sul ripristino quale integrazione della disciplina della biodiversità. - 5. Gli obiettivi del piano nazionale del ripristino. - 6. Le misure di prevenzione. - 7. Le deroghe per l'energia da fonti rinnovabili e la difesa nazionale.

1. In un recente scritto sulla riforma costituzionale², ho provato a dimostrare che l'ambiente, valore o interesse al quale l'iniziativa economica privata "non può ... recare danno", ex art. 41, cpv., Cost., sia da riferire alla situazione soggettiva dell'ambiente salubre quale luogo di vita e di lavoro: a sostegno di questa lettura ho trovato argomento, oltre che nella natura soggettiva dei valori o interessi parimenti tutelati³, nella coincidenza con la nozione ristretta di ambiente

1 Il saggio riprende e sviluppa l'intervento al Convegno "La tutela della biodiversità nel regolamento sul ripristino della natura" che si è svolto al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania in data 8 novembre 2024, nell'ambito del PRIN 2022 PNRR "Restoring Biodiversity as a tool for Climate Change Mitigation" (P.I. Prof. Marisa Meli) Finanziato dall'Unione Europea- Next Generation EU.

2 U. Salanito, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 229 ss.; Id., *Il danno all'ambiente nell'art. 41 della Costituzione*, in *Astrid rassegna*, 2024.

3 Il riferimento è alla salute, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.



di cui all'art. 9 Cost., distinta oltre che dal paesaggio, anche dalla biodiversità e dagli ecosistemi⁴. Secondo questa interpretazione, il bilanciamento tra iniziativa economia privata e biodiversità⁵, quale valore o interesse distinto dall'ambiente, resterebbe invece rimesso al criterio dell'utilità sociale, tradizionalmente inteso quale rinvio alle scelte legislative⁶.

Lo studio del regolamento sul ripristino della natura, in questa prospettiva, consente di individuare un ulteriore tassello nel bilanciamento tra la biodiversità e gli altri valori confliggenti, verificando dove la disciplina europea abbia collocato il punto di equilibrio⁷: la tutela degli *habitat* e delle specie si impone, infatti, nei confronti dei privati, limitandone l'iniziativa economica e conformandone la proprietà, ancorché mediata da scelte discrezionali di individuazione dei beni da tutelare e da riqualificare rimesse alla pubblica amministrazione attraverso il piano nazionale di ripristino.

In questa sede, perciò, non intendo dismettere i panni del cultore del diritto privato, quale materia dotata di propri specialismi, ma piuttosto rivendicare l'unitarietà della scienza giuridica, nella convinzione che il tema ambientale debba essere studiato nei suoi diversi profili con approccio interdisciplinare. Intendo perciò misurarmi con l'interpretazione di quel gruppo di norme del regolamento dedicate alla tutela preventiva degli *habitat* oggetto del ripristino, per un primo contributo alla comprensione del nuovo quadro normativo.

2. Il regolamento n. 1991 del 24 giugno 2024 sul ripristino della natura è l'ultimo tassello della politica europea per la tutela della biodiversità: a sua volta la tutela della biodiversità è

4 L'interpretazione restrittiva della sfera ambientale costituisce argomento a sostegno di una visione rafforzata dell'incidenza della norma costituzionale, immediatamente applicabile nel conflitto tra privati e da intendere nel senso che la lesione di queste situazioni soggettive sia sempre da inibire e comunque da risarcire, salvo a verificare in sede di bilanciamento se il danno sia stato significativo. Si tratta di una prospettiva che pare minoritaria, in quanto la dottrina prevalente, assumendo che una diversa soluzione darebbe all'ambiente lo statuto di valore tiranno, tende a ritenere che anche in tali casi il bilanciamento sia rimesso al legislatore.

5 Ma il medesimo ragionamento vale anche per il conflitto tra iniziativa economica ed ecosistemi ed in particolare trae forza dalla difficoltà di fondare nel sistema l'idea che l'iniziativa economica non possa recare danno all'integrità del suolo o del sottosuolo in un ordinamento che non sembra avere ancora accolto l'idea del "consumo zero" del territorio.

6 In questa prospettiva, non si intende escludere un controllo di ragionevolezza del bilanciamento, che tenga conto della rilevanza sovraordinata del paesaggio, della biodiversità e degli ecosistemi sull'iniziativa economica privata.

7 Andremo quindi a verificare se sia pienamente convincente quanto autorevolmente sostenuto da E. Chiti, *Pubblica amministrazione e transizione ecologica* in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 736 ss., 738, secondo il quale il Regolamento sul ripristino degli ecosistemi avrebbe in comune con altre normative europee "l'obiettivo di preservare o ripristinare la "integrità" degli ecosistemi, ovvero la situazione nella quale gli elementi e i processi costitutivi degli ecosistemi sono impregiudicati sul piano funzionale e permettono a questi ultimi di fornire i propri servizi essenziali. Ciò nel presupposto che l'esigenza della integrità degli ecosistemi prevalga su esigenze sociali ed economiche eventualmente confliggenti". Da questo punto di vista – sottolinea l'Autore – "l'integrità ecologica implica la "primazia ecologica", il riconoscimento che la salute degli ecosistemi possa prevalere sulle esigenze sociali ed economiche eventualmente confliggenti".



parte integrante, anzi uno degli strumenti principali, della lotta contro il cambiamento climatico.

La politica europea del *Green Deal* considera il cambiamento climatico al contempo un fattore di crisi e un'opportunità: fattore di crisi, perché pone a rischio la struttura stessa del sistema economico e sociale dell'Unione europea, minandone i pilastri fondativi; opportunità, perché richiede un mutamento delle politiche energetiche, industriali e agricole tale da consentire all'Unione europea di collocarsi all'avanguardia del processo economico di fornitura di beni e di servizi sostenibili e compatibili, mantenendo un vantaggio competitivo tra le realtà socioeconomiche più avanzate.

L'obiettivo, molto ambizioso, è quello della neutralità climatica⁸. La sfida è rendere questa politica di conversione economica socialmente sostenibile, in un periodo storico in cui il mondo del lavoro e della produzione è caratterizzato da mutamenti epocali, causati in primo luogo dall'automazione informatica e dalla meccanizzazione spinta dei processi agricoli e industriali, in uno scenario in cui il timore della sostituzione della forza lavoro si alimenta di narrazioni sempre nuove, dai flussi migratori incontrollati all'intelligenza artificiale.

In questo contesto, la politica di tutela della biodiversità assume un ruolo centrale⁹, sia per ragioni strumentali, sia per ragioni culturali. Dal punto di vista strumentale, una biodiversità qualitativamente e quantitativamente elevata, per un verso, è funzionale alla creazione di un sistema di pozzi naturali per la cattura e lo stoccaggio dei gas serra, impedendone la dispersione nell'atmosfera¹⁰; per altro verso, serve a migliorare la resilienza ai fenomeni estremi collegati al cambiamento climatico, riducendo l'erosione delle coste e del suolo, migliorando il microclima, stabilizzando gli agroecosistemi, conservando le funzioni depurative delle acque e dei suoli¹¹.

Invero, le ragioni per la tutela della biodiversità non sono legate, nella politica europea, soltanto al contributo alla lotta al cambiamento climatico. Una ricca biodiversità costituisce un

8 Per una lettura consapevole della politica europea sul cambiamento climatico si veda sin d'ora il bel volume di D. Bevilacqua ed E. Chiti, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Il Mulino, 2024.

9 La centralità della politica sulla biodiversità quale strumento per la lotta al cambiamento climatico è messo in evidenza da D. Bevilacqua ed E. Chiti, *Green Deal cit.*, 61 ss. Nei *considerando* del Regolamento il concetto è ripreso più volte: "La disponibilità di ecosistemi ricchi di biodiversità e la lotta ai cambiamenti climatici sono intrinsecamente collegate. La natura e le soluzioni basate sulla natura, compresi gli stock e i pozzi naturali di assorbimento del carbonio, sono fondamentali per combattere la crisi climatica" (*considerando* 16); "Il ripristino degli ecosistemi può contribuire in ampia misura a mantenere gestire e migliorare i pozzi naturali e incrementare la biodiversità, contrastando nel contempo i cambiamenti climatici" (*considerando* 17).

10 Come mette in evidenza il *considerando* 19 "(...) è importante che gli ecosistemi di tutte le categorie di terreni, compresi i pascoli (formazioni erbose), le foreste, le terre coltivate e le zone umide siano in buono stato in modo da potere catturare e immagazzinare il carbonio in maniera efficace".

11 Come viene illustrato nel *considerando* 18 "La presenza di un maggior numero di ecosistemi ricchi di biodiversità determina una maggiore resilienza ai cambiamenti climatici e offre modalità più efficaci di riduzione e prevenzioni della catastrofi".

fenomeno da salvaguardare anche in forza del principio di precauzione, sulla base dell'assunto - che è al tempo stesso culturale e strumentale - che la tutela del benessere umano non possa essere separato dalla tutela dell'ambiente naturale, secondo l'approccio "*One Health*"¹². Prettamente culturali - anche se non mancano venature strumentali, legate allo sviluppo di forme di turismo naturalistico - sono poi le ragioni di conservazione della natura quale patrimonio collettivo, al pari dei paesaggi e dei beni storici e archeologici.

L'iter di approvazione del regolamento non è stato agevole, non solo perché la procedura ha consentito di coalizzare le opinioni contrarie al *Green Deal*, in un periodo delicato in cui si avvicinavano le elezioni europee, ma anche perché il regolamento incrementa la protezione del territorio e incide in particolare sull'economia agricola¹³. L'approvazione definitiva è stata il frutto di concessioni e compromessi che hanno ridotto la portata della disciplina, ammorbidendo vincoli e obiettivi, sia nella fase del ripristino, sia nella fase preventiva funzionale al ripristino.

3. Il regolamento per il ripristino della natura non si sovrappone alla disciplina della responsabilità ambientale, la quale svolgendo una funzione rimediale, indica in maniera analitica quali siano le misure di prevenzione e di riparazione i cui costi devono essere sopportati dal responsabile¹⁴. Occasionalmente, i due corpi normativi possono coesistere e regolare le diverse fasi della stessa attività di recupero: non si può escludere che un ambiente degradato, che sia stato danneggiato da un evento coperto dalla direttiva sulla responsabilità ambientale, sia inserito nel piano nazionale di ripristino, non essendo stato ancora oggetto degli interventi delle misure di riparazione. In questo caso, si deve ritenere che i costi del recupero, per i quali si siano utilizzati nel frattempo risorse finanziarie dedicate al piano nazionale di ripristino, debbano essere ribaltati sul responsabile, in virtù del principio chi inquina paga¹⁵, secondo le regole della responsabilità ambientale raccolte nel Codice dell'ambiente.

12 Si osserva nel *considerando* 23 che "Il ripristino degli ecosistemi (...) contribuirà a sostenere gli sforzi dell'Unione e a livello mondiale per applicare l'approccio "*One Health*", che riconosce il nesso intrinseco tra la salute umana, la salute animale e una natura integra e resiliente".

13 Sulle ragioni del conflitto, la letteratura è ampia: segnalo in particolare E. Cavallin, *Nature Restoration and Agriculture and Forestry At the Opposite Site of the Fighting Ring or Compatible After All? An Analysis of the Proposal and the Final Agreement on the Nature Restoration Law*, in *Eu. Energy and Env. L. R.*, 2024, 48 ss.; nella dottrina italiana M. Ferrara, *A prima lettura del regolamento UE sul ripristino della natura (reg. UE 2024/1991)*, in *Federalismi.it*, 2024, 114 ss., 120 ss.

14 Sulla responsabilità ambientale si consenta il rinvio a U. Salanitro, *Danno ambientale e responsabilità civile*, in *Enciclopedia del diritto, Tematici, VII, Responsabilità civile*, a cura di C. Scognamiglio, Milano, 2024, 200 ss.

15 Sul principio "chi inquina paga", M. Meli, *Il principio comunitario "chi inquina paga"*, Milano, 1996; Id., *Il principio "chi inquina paga" nel Codice dell'ambiente*, in Aa. Vv., *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, a cura di I. Nicotra e U. Salanitro, Torino, 2010, 69 ss.

In linea di principio, si tratta di discipline distinte per oggetto e funzione: la normativa del regolamento sul ripristino della natura si differenzia dalla regolamentazione della responsabilità ambientale, giacché non interviene offrendo una tecnica rimediale rispetto ad un evento di danno. Non solo e non tanto perché si applica anche rispetto a casi in cui l'*habitat* si sia deteriorato a causa di eventi che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva sulla responsabilità ambientale: ad esempio, per un degrado provocato da eventi antecedenti l'entrata in vigore di siffatta direttiva e/o da eventi molteplici e di minore impatto, ognuno dei quali non ha comportato un danno significativo e misurabile (il c.d. inquinamento diffuso). Quanto piuttosto perché - deve essere sottolineato con vigore - il regolamento sul ripristino della natura assolve una funzione prettamente gestionale della biodiversità, giacché si pone obiettivi di miglioramento qualitativo e quantitativo degli *habitat* e delle specie, che solo per un uso improprio del linguaggio sono definiti con il termine di ripristino¹⁶. Piuttosto, il regolamento applica un modello graduale di gestione ottimale delle risorse, il quale punta ad una elevata qualità dell'ambiente, che è stato già adottato dalla direttiva acque per il miglioramento delle condizioni ambientali - chimiche, fisiche, ecologiche - dei corpi idrici, in base alla direttiva 2000/60/CE¹⁷.

Il degrado dell'*habitat* sul quale si interviene può risalire ad epoche storiche, per cui l'intervento di recupero non è volto al ripristino di una condizione ambientale per ricondurla allo stato antecedente rispetto ad un evento registrato, quanto piuttosto a migliorare la struttura e la funzione dell'ecosistema al fine di portarlo ad un livello più elevato, in conformità ai diversi parametri desumibili dalle discipline che regolano i plurimi obiettivi del regolamento.

Non essendo una tecnica rimediale, il costo del ripristino dovrà essere finanziato con le risorse da reperire in conformità alla relazione della Commissione, da presentare, previa consultazione degli Stati membri, al Parlamento europeo entro il 19 agosto 2025 (art. 21, paragrafo 7, del Regolamento)¹⁸.

¹⁶ In questo senso già N. Gabellieri, *Nature Restoration Law e programmazione ambientale: quali prospettive per la ricerca geografica storica*, in *Riv. geografica it.*, 2024, 69 ss., 72 s.

¹⁷ Lo notano anche D. Hering e altri, *Securing success for the Nature Restoration Laws*, in *Science*, 2023, 1248 ss.

¹⁸ Nel *considerando* 78 si rileva che “Per garantire il conseguimento degli obiettivi e l’adempimento degli obblighi di cui al presente regolamento, è indispensabile effettuare adeguati investimenti pubblici e privati a favore del ripristino. Gli stati membri dovrebbero pertanto integrare nei rispettivi bilanci la spesa per gli obiettivi di biodiversità, anche in relazione ai costi di opportunità e di transizione derivanti dall’attuazione dei piani nazionali di ripristino, e indicare le modalità di utilizzo dei finanziamenti dell’Unione. Per quanto riguarda i finanziamenti dell’Unione, le spese a carico del bilancio dell’Unione e dei programmi di finanziamento dell’Unione, quali (...), contribuiscono agli obiettivi di biodiversità con l’ambizione di destinare il 7,5 % nel 2024 e il 10% nel 2026 e nel 2027 della spesa annuale nell’ambito del quadro finanziario pluriennale (...) agli obiettivi di biodiversità”.

4. Il regolamento europeo, piuttosto, pone una disciplina che va coordinata con la normativa vigente per la protezione della biodiversità: normativa che trova la sua fonte nella direttiva 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali o seminaturali e della flora e fauna selvatiche e nella direttiva 2009/147/CE (già 79/409/CEE), concernente la conservazione degli uccelli selvatici. Siffatte direttive hanno l'obiettivo di tutelare *habitat* e specie di importanza comunitaria, elencate negli allegati, attraverso la delimitazione di zone speciali di conservazione e/o di zone di protezione speciale (i c.d. siti Natura 2000), a tutela delle quali si applicano misure volte a evitare il deterioramento della biodiversità e si prevede che ogni piano o progetto che possa interferire con *habitat* e specie sia sottoposto a una valutazione di incidenza¹⁹; ogni qualvolta sia necessario, i siti Natura 2000 sono soggetti a piani di gestione, nell'ambito dei quali è previsto anche il recupero degli *habitat* già degradati²⁰.

Appare evidente che la disciplina per la protezione e il miglioramento della biodiversità era già contenuta in queste direttive e che il regolamento sul ripristino della natura si limita a integrare e specificare le tecniche di tutela²¹.

In particolare, mentre le direttive non stabiliscono scadenze temporali entro le quali realizzare i piani di gestione all'interno dei siti (*considerando* 27), il regolamento introduce tempi cogenti per il miglioramento (c.d. ripristino) degli ambienti naturali: la scansione temporale fissa degli obiettivi in percentuale da conseguire entro il 2050, con tappe intermedie nel 2030 e nel 2040. Inoltre, a differenza delle direttive, che prevedono che la tutela e la gestione si concentrino soprattutto, ma non solo, su quegli *habitat* che rientrano nei siti Natura 2000 (*considerando* 26), il regolamento impone obblighi di miglioramento ambientale con le medesime scansioni temporali anche per gli *habitat* degradati che ricadono al di fuori dei siti.

L'unica differenza che si registra tra la pianificazione degli interventi di ripristino nei siti e quella fuori dai siti attiene alla possibilità che gli Stati membri considerino prioritario, nella prima fase sino al 2030, il recupero degli ambienti all'interno dei siti: la priorità si spiega, come emerge dal *considerando* 28, valorizzando il ruolo cruciale di questi siti per la tutela della natura nonché l'obbligo di garantire l'efficacia a lungo termine delle misure di ripristino in queste

Secondo M. Ferrara, *op. cit.*, 120, "non sembra che l'apporto economico europeo possa essere disatteso", evocando la necessità di ricorrere al sostegno finanziario del fondo di coesione.

19 Per una attenta analisi dell'obbligo di impedire il deterioramento nella direttiva Habitat si rinvia a H. Schoukens, Non-Regression Clauses in Times of Ecological Restoration Law: art. 6 (2) of the EU Habitats Directive as an unusual ally to restore Nature 2000, in Utrecht L. R., 2017, 124 ss.

20 Sui limiti della disciplina europea per la conservazione della natura, anche alla luce della proposta di regolamento sul ripristino, di particolare interesse N. Hoek, *A Critical Analysis of the Proposed EU Regulation on Nature Restoration: Have the Problems Been Resolved?*, in *European Energy and Environmental L.R.*, 2022, 320 ss.

21 Come emerge dai *considerando* 24, 25, 26, 27, 28 e 29 del Regolamento.

aree. In ogni caso siffatta priorità non impedisce che, anche in questa prima fase, si possano adottare misure di ripristino per *habitat* degradati situati al di fuori dei siti, quando ciò sia giustificato da specifiche circostanze e condizioni locali, al fine di consentire agli Stati membri una maggiore flessibilità nell'intraprendere interventi di ripristino su vasta scala.

5. Abbiamo già osservato che il ripristino non ha la funzione di riportare l'ambiente nella condizione preesistente a un determinato evento o ad un determinato tempo, quanto piuttosto di migliorare le condizioni ambientali in modo da consentire il mantenimento a lungo termine dell'*habitat*: il ripristino non guarda perciò al recupero del passato²² - come invece nella responsabilità ambientale - quanto piuttosto al raggiungimento di una condizione ottimale nel futuro, aumentando la resilienza dell'*habitat* anche in vista dei rischi derivanti dalle condizioni estreme provocate dai cambiamenti climatici. In questa prospettiva, si potrebbe giustificare, almeno in astratto, che sotto il nome di ripristino si realizzino riqualificazioni naturalistiche di aree che erano state antropizzate (ad esempio, destinate a pratiche agricole) da un tempo immemorabile.

Quanto anticipato trova rispondenza nella descrizione delle misure di ripristino, le quali si pongono tre diversi obiettivi, posti dall'art. 4 del regolamento (e poi ripresi dall'art. 5 per gli ecosistemi marini).

Con il primo obiettivo, si intende riportare in buono stato - funzionale a garantire quel livello elevato di integrità, stabilità e resilienza ecologica necessario per mantenere gli *habitat* nel lungo termine (art. 3, paragrafo 4, del regolamento) - gli *habitat* che attualmente non lo sono²³: l'obiettivo va raggiunto nel 2050 coprendo almeno il 90% della superficie totale di tutti i tipi di *habitat* che al momento della redazione del piano non versino in buono stato, come quantificata nel piano nazionale di ripristino, con tappe intermedie nel 2030 (30%) e nel 2040 (60%)(art. 4, paragrafo 1, e art. 5, paragrafo 1, del regolamento). Ne discende che, almeno in astratto, tutte le superfici coperte da *habitat* degradati, dentro e fuori i siti Natura 2000, devono essere individuate e, nella misura di almeno il 90%, catalogate come oggetto di intervento di ripristino nel piano nazionale.

Una questione divenuta centrale - e che influenza la portata di quest'obbligo almeno nella prima fase, sino al 2030 - è la conoscenza dello stato qualitativo del tipo di *habitat*. Nella proposta di regolamento, prima degli emendamenti che ne hanno ridotto la portata, si

22 Anche se in sede di quantificazione della c.d. superficie di riferimento favorevole occorre tenere conto dei registri di distribuzione storica degli *habitat* (art. 14, paragrafo 2, lettera a), III) del regolamento).

23 A seguito di un emendamento, nella versione finale del regolamento si è stabilito che, quando in uno Stato membro uno o più tipi di *habitat* possano essere considerati molto comuni e diffusi, in quanto coprono più del 3% del territorio, gli obblighi di ripristino vengono ridotti in percentuale, ai sensi dell'art. 4, paragrafi 2 e 3, del regolamento. La deroga non si applica agli ecosistemi marini.

prevedeva che le zone di cui non si conosceva lo stato andassero considerate “non in buono stato”. Nel regolamento approvato, invece, si prevede che gli Stati membri provvedano entro il 2030 affinché sia effettuata una ricognizione dello stato dei tipi di *habitat* di almeno il 90% della superficie ed entro il 2040 dell’intera superficie (art. 4, comma 9, del regolamento); una diversa scansione riguarda gli ecosistemi marini (art. 5, paragrafo 7, del regolamento). In questo quadro normativo si prevede che, ai fini della prima tappa intermedia (2030), la percentuale della superficie da recuperare sia considerata soltanto in relazione alle zone per le quali è noto lo stato del tipo di *habitat*; mentre per le tappe successive (2040 e 2050) si computano anche le zone per le quali vi è l’obbligo di conoscere lo stato degli *habitat* secondo il regolamento (art. 14, paragrafo 2, del regolamento).

Con il secondo obiettivo, si vogliono ristabilire gli *habitat* nelle zone che attualmente non li ospitano, al fine di raggiungere la superficie di riferimento favorevole per ciascun tipo di *habitat*. Per superficie di riferimento favorevole si intende l’estensione minima necessaria per garantire la sostenibilità a lungo termine del tipo di *habitat*, delle sue specie tipiche o della sua composizione di specie tipiche e di tutte le variazioni ecologiche significative: proprio in forza di tale definizione si rileva che ove la superficie di un *habitat* non sia sufficiente, si considera superficie di riferimento favorevole anche la superficie aggiuntiva necessaria per il ristabilimento del tipo di *habitat* (art. 3, paragrafo 8, del regolamento). Anche in questo caso, l’obiettivo va raggiunto nel 2050 attuando le misure sul 100 % delle superfici individuate nel piano nazionale di ripristino²⁴, con tappe intermedie nel 2030 (30%) e nel 2040 (60%) (art. 4, paragrafo 4, e art. 5, paragrafo 2, del regolamento).

Con il terzo obiettivo, si conferma l’esigenza di mettere in atto le misure di ripristino degli *habitat* protetti dalle direttive 92/43/CEE e 2009/147/CE, che sono necessarie per migliorarne la qualità, la quantità e la connettività (art. 4, paragrafo 7, e art. 5, paragrafo 10, del regolamento).

Il complesso delle misure imposte agli Stati membri deve raggiungere, congiuntamente, l’obiettivo del 20% delle superfici destinate al recupero entro il 2030 (art. 1, paragrafo 2, del regolamento): si tratta di un obiettivo in realtà molto limitato, essendo in larga misura dipendente, come già osservato, dal livello di conoscenza dello stato ambientale degli *habitat*.

6. Il regolamento, inoltre, pone una disciplina articolata in obblighi di ripristino e obblighi di non deterioramento. Tale disciplina – va sottolineato – non è direttamente rilevante nei confronti dei privati: il testo normativo è vincolante, infatti, solo per gli Stati membri, i quali

²⁴ Anche per questo obiettivo, nella versione finale del regolamento, è stata inserita una deroga che riduce al 90% la superficie su cui adottare le misure di ripristino entro il 2050, ai sensi dell’art. 4, paragrafi 5 e 6, e dell’art. 5, paragrafi 3 e 4, del regolamento.

sono espressamente obbligati a mettere in atto le misure necessarie ad evitare il deterioramento o a registrare il miglioramento. Misure che devono essere indicate nel piano nazionale di ripristino, insieme a quelle atte a garantire gli effetti continui, a lungo termine e duraturi del ripristino. È auspicabile che, in sede di pianificazione, si preveda che le misure – almeno quelle atte ad evitare il deterioramento – siano immediatamente rilevanti nei confronti dei privati, in quanto prevalenti sugli strumenti urbanistici e territoriali²⁵.

Si è provveduto all'analisi degli obblighi di ripristino nel precedente paragrafo perché preliminare alla descrizione degli obblighi di tutela preventiva, in quanto le due fasi sono strettamente collegate nella versione finale del regolamento.

Si prevede innanzitutto che gli Stati membri debbano adottare misure volte a far sì che le zone soggette a misure di ripristino registrino un costante miglioramento sino a raggiungere un buono stato, preoccupandosi poi affinché, una volta che questo buono stato sia raggiunto, l'*habitat* non venga deteriorato (art. 4, paragrafo 11, e art. 5, paragrafo 9, del regolamento).

Sotto il profilo delle misure di prevenzione, nella proposta originaria di regolamento era previsto che gli Stati membri avrebbero dovuto provvedere affinché tutte le aree, che ospitavano *habitat* di importanza comunitaria, non si deteriorassero. La disciplina è stata modificata nella versione finale del regolamento, la quale, per un verso, fa salva la normativa della direttiva 92/43/CEE, che prevede la salvaguardia degli *habitat* ricadenti nei siti Natura 2000, per altro verso, impone agli Stati membri di adoperarsi per evitare il deterioramento, a partire dalla data di pubblicazione dei piani nazionali di ripristino, soltanto per quelle aree, esterne ai siti Natura 2000, che versano in buono stato o che sono necessarie per conseguire gli obiettivi di ripristino (art. 4, paragrafo 12, e art. 5, paragrafo 10, del regolamento).

In altre parole, l'obbligo di evitare il deterioramento, fuori dai siti Natura 2000, non riguarda più tutte le aree sulle quali ricadono *habitat*, ma solo quelle di cui si conosce (o, a partire dal 2030, si sarebbe dovuto conoscere) lo stato e, tra queste, quelle che sono in buono stato o quelle che rientrano nel piano di ripristino.

Ma l'ammorbidimento della disciplina nella fase finale dell'approvazione si è espresso anche sotto altri versanti.

In primo luogo, si specifica espressamente che il deterioramento non consentito è solo quello significativo ovvero di misura rilevante.

25 Particolarmente complesso si prospetta un regime vincolistico che imponga al proprietario obblighi di miglioramento e di riqualificazione ambientale, ancorché in un ordinamento che riconosce la funzione sociale della proprietà: sarebbe meno problematica, sul piano del conflitto con i diritti dei privati, una regolamentazione in positivo basata su incentivi urbanistici o fiscali. In tema N. Hoek, *Nature Restoration put to Eu Law: Tensions and Synergies between Private Property Rights and Environmental Protection*, in Hoek N.M., Janes C., Janssen A. e Kuypers P. (a cura di), *Spanningen tussen duurzaamheid en Europees recht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2024, 129 ss.

In secondo luogo, la natura dell'obbligo degli Stati membri sembra essere mutata. Nella proposta gli Stati membri dovevano provvedere affinché le aree ospitanti gli habitat non si deteriorassero. Nella versione approvata, invece, si sancisce che gli Stati membri debbano adoperarsi "per mettere in atto le misure necessarie al fine di prevenire il deterioramento significativo" delle medesime zone. Si suggerisce che la diversa formula testuale non sia una mera variante linguistica, ma implichi un cambiamento di regime: non vi è più un obbligo di risultato (per la quale il deterioramento non sarebbe permesso), ma un obbligo di mezzi o di comportamento (per cui gli Stati membri potrebbero limitarsi a dimostrare di avere provato con diligenza e perizia a fermare il deterioramento)²⁶.

Si deve infine segnalare un'ulteriore deroga, inserita nella versione finale del regolamento, applicabile agli ecosistemi, diversi da quelli marini, esterni ai siti Natura 2000, anche se indicati nel piano perché soggetti a ripristino o in buono stato. Gli Stati membri possono chiedere alla Commissione di applicare gli obblighi di non deterioramento non con riferimento a ciascuna area interessata da *habitat*, ma con riferimento a ciascun tipo di *habitat* considerato su scala regionale biogeografica (art. 4, paragrafo 13, del regolamento). Ne discende che gli Stati membri dovranno adottare misure in modo che, ove si verifichi un deterioramento significativo in un'area interessata da un *habitat* di importanza comunitaria, si debba provvedere alla realizzazione di misure di compensazione in altra area interessata dal medesimo *habitat* compreso nella stessa regione biogeografica, in modo da potere considerare l'ambiente non deteriorato nel suo complesso²⁷, secondo un modello che ricorda le misure di riparazione complementare della direttiva sulla responsabilità ambientale.

Questa deroga, tuttavia, può essere richiesta dagli Stati membri solo "in assenza di alternative": si dovrebbe, cioè, consentire allo Stato membro di venire meno agli obblighi di prevenzione soltanto quando l'intervento da effettuare non possa essere realizzato altrove. Si tenga presente al riguardo che, nelle aree esterne i siti Natura 2000, non vi è l'obbligo di impedire il deterioramento se dovuto non solo a causa di forza maggiore, comprese le catastrofi naturali, o a trasformazioni inevitabili causate dai cambiamenti climatici, ma anche all'esigenza di approvare un piano o a un progetto di interesse pubblico per il quale non sono disponibili soluzioni alternative meno dannose, da valutarsi caso per caso (art. 4, paragrafi 14 e 15, e art. 5, paragrafi 11 e 12, del regolamento). La deroga sarebbe perciò finalizzata a sacrificare un'area, che ospita habitat di importanza europea, ad interessi privati per la

²⁶ In tal senso A. Cliquet e altri, The negotiation process of the EU Nature Restoration Law proposal: bringing nature back in Europe against the backdrop of political turmoil, in *Restoration Ecology*, 2024, 1 ss., 4.

²⁷ Come si evince dagli obblighi posti dall'art. 15, paragrafo 3, lettera g), dall'art. 20 paragrafo 1, lettera j), dall'art. 21 paragrafo 1 e 2, lettera b). Nel *considerando* 37 si rileva che "Tale possibilità dovrebbe essere consentita a determinate condizioni, compresa l'adozione di misure di compensazione per ogni caso di deterioramento significativo".

promozione dei quali non sarebbero praticabili alternative: ritengo che la rilevanza sovraordinata dell'interesse alla biodiversità rispetto all'interesse all'iniziativa economica privata dovrebbe suggerire una motivazione rinforzata, caso per caso, che dimostri la necessità dell'intervento in quel dato luogo per soddisfare l'interesse privato, la sostituibilità degli habitat che sarebbero deteriorati dall'intervento, la disponibilità di aree per l'adozione delle misure di compensazione alternative.

7. Il conflitto tra la realizzazione di impianti di energia da fonti rinnovabili e tutela della biodiversità non solo è regolato in deroga, ma solleva dubbi di inquadramento sistematico²⁸.

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza, l'energia rinnovabile, essendo funzionale alla lotta al cambiamento climatico, va ricondotta nell'ambito della nozione di ambiente e, in questa veste, va contrapposta alla biodiversità o al paesaggio²⁹: ne discende un bilanciamento di difficile soluzione, trattandosi di valori che si presentano pari ordinati.

In senso diverso, non va dimenticato che gli impianti di energia rinnovabile sono pur sempre attività produttive, riconducibili alla sfera dell'iniziativa economica privata, che assumono rilevanza pubblica in quanto funzionali ad una strategia energetica nazionale in linea con lo sviluppo sostenibile. Pertanto, nel conflitto con la tutela della biodiversità o del paesaggio andrebbe pur sempre applicato il criterio dell'utilità sociale, ai sensi dell'art. 41, cpv., Cost.³⁰.

In questa prospettiva, il conflitto tra biodiversità ed energia da fonti rinnovabili trova una specifica disciplina nel regolamento per il ripristino della natura, che si rivela coerente con il bilanciamento già sancito a livello europeo dalla direttiva 2018/2001, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, nella versione modificata dalla direttiva 2023/2413³¹; bilanciamento che mi pare tuttavia eccessivamente curvato sulle esigenze energetiche, seppure in una logica di sviluppo sostenibile, rispetto al valore sovraordinato della biodiversità.

Già in sede di pianificazione, si prevede che gli Stati membri coordinino l'elaborazione dei piani nazionali di ripristino con la mappatura delle zone necessarie ad ottemperare ai

28 Cfr. E. Chiti, *Il sistema amministrativo italiano alla prova del Green Deal*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 573 ss., 576; anche U. Barelli, *I limiti alle energie rinnovabili con particolare riferimento alla tutela della biodiversità*, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, 1 ss.

29 Per una recente rassegna critica di giurisprudenza si veda D. Bevilacqua, *La dialettica tra la promozione delle energie rinnovabili e la tutela degli altri beni ambientali*, in *Gior. dir. amm.*, 2024, 125 ss. In dottrina, per la tesi prevalente, vedi M. Santini, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urb. e app.*, 3, 2020, 301 ss.; F. De Leonardis, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 889 ss.

30 In questo senso già P. Carpentieri, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

31 Sulle novità della direttiva 2023/2413 si veda E. Bruti Liberati, *Transizione energetica e politiche pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 745 ss., 748 ss.

contributi nazionali per il conseguimento dell'obiettivo per il 2030 in materia di rinnovabili e, se del caso, con la designazione delle zone di accelerazione per le energie rinnovabili³² e delle apposite zone per infrastrutture³³, garantendo che rimanga invariato il funzionamento di tali zone (art. 14, paragrafo 3, del regolamento).

Non si ritiene sufficiente, tuttavia, la prevalenza delle esigenze energetiche in sede di pianificazione. Una volta effettuata l'individuazione delle aree da ripristinare, è espressamente prevista la deroga – nelle aree esterne ai siti Natura 2000³⁴ – per la realizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabili e strutture connesse, i quali sono considerati (presunti) di interesse pubblico prevalente. Gli Stati membri possono addirittura esentare tali impianti dal requisito che non siano disponibili soluzioni alternative meno dannose, ogni qualvolta i piani e i progetti siano stati soggetti a valutazione ambientale strategica o a valutazione di impatto ambientale (art. 6 del regolamento).

Una disciplina analoga è prevista per i piani e i progetti destinati alla difesa nazionale (art. 7 del regolamento).

32 Si tenga conto che ai fini della redazione dei piani per le zone di accelerazione per le energie rinnovabili è espressamente previsto, ai sensi dell'art. 15 *quater* ii) della direttiva 2018/2001, che si escludano i siti Natura 2000, le zone designate a titolo di regimi nazionali di protezione per la conservazione della natura e della biodiversità, le principali rotte migratorie di uccelli e mammiferi marini e altre zone individuate come sensibili sotto il profilo flori-faunistico proprio con riferimento alle direttive 92/43/CEE e 2009/147/CE.

33 Anche per la pianificazione delle zone per infrastrutture, ex art. 15 *sexies* della direttiva 2018/2001, è previsto che si evitino, salvo deroghe, i siti Natura 2000 e le zone designate a titolo di regimi nazionali di protezione.

34 Per i progetti ricadenti nei siti Natura 2000, la deroga – che dispone che gli impianti di produzione di energia rinnovabile, la connessione di tali impianti alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio siano considerati di interesse pubblico prevalente – è già stata posta direttamente dall'art. 16 *septies* della direttiva 2018/2001, che la prevede in relazione all'art. 6, paragrafo 4, e all'art. 16, paragrafo 1, lettera c) della direttiva 92/43/CEE e all'art. 9, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 2009/147/CE.



LO SVILUPPO DELLA I.A. DA PARTE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: DALL'ECCESSO DI PRECAUZIONE AL PRINCIPIO DI "INNOVAZIONE SICURA"

Massimino Crisci

Abstract: L'uso dei sistemi di Intelligenza Artificiale da parte della pubblica amministrazione impone una particolare cautela nell'esercizio della funzione pubblica. Per tale ragione, nella recente esperienza normativa, il principio di precauzione ha preso sempre maggiore spazio, fino quasi a diventare il perno strutturale per la normazione dello sviluppo dell'I.A., a maggior ragione all'interno dell'amministrazione pubblica. Tuttavia, per la sua natura di criterio di regolazione dell'incerto, un'applicazione rigida del principio rischia di risolversi in un "eccesso di precauzione", la cui diretta conseguenza sarebbe un grave rallentamento, per non dire una vera e propria limitazione, all'implementazione delle nuove tecnologie algoritmiche nell'esercizio dell'azione amministrativa. Occorre, pertanto, rimeditare il principio di precauzione, in cui la proporzionalità delle misure precauzionali sia tarata su un parametro in grado di garantire una efficace sintesi tra l'esigenza di innovare e quella di proteggere.

The use of Artificial Intelligence systems by the public administration requires particular caution in the exercise of the public function. For this reason, in recent regulatory experience, the precautionary principle has taken on ever greater space, almost to the point of becoming the structural pivot for the regulation of the development of AI, even more so within public administration. However, due to its nature as a criterion for regulating the uncertain, a rigid application of the principle risks resulting in an "excess of precaution", the direct consequence of which would be a serious slowdown, not to say a real limitation, in implementation of new algorithmic technologies in the exercise of administrative action. It is therefore necessary to rethink the precautionary principle, in which the proportionality of precautionary measures is calibrated on a parameter capable of guaranteeing an effective synthesis between the need to innovate and that of protection.

SOMMARIO: 1 – Premessa; 2 – Breve storia del principio di precauzione e della sua evoluzione. Verso una "nozione minima" del principio; 3 – La dicotomica natura della precauzione. Precauzione "forte" *versus* precauzione "debole"; 4 – L'applicazione del principio di precauzione nella I.A. a servizio della pubblica amministrazione; 5 – Conclusioni. Sul quadro normativo europeo emergente.

1 – Premessa



L'avvento e lo sviluppo esponenzialmente rapido dei sistemi di Intelligenza Artificiale¹ ha sollevato una tensione di fondo tra due esigenze contrapposte, ma parimenti essenziali nella prospettiva della pubblica amministrazione: da un lato, la necessità di non perdere il "treno" dell'evoluzione tecnologica, in modo da non dover abdicare *ob torto collo* la funzione politica e amministrativa in capo ai privati produttori e sviluppatori dei sistemi di I.A.²; dall'altro l'impretebilità esigenza di evitare un uso distorto e dannoso dei sistemi algoritmici. Esigenza *a fortiori* percepita e rilevante per le pubbliche amministrazioni, nella loro prospettiva di funzione neutrale³ per la cura degli interessi della collettività, e tanto più essenziale in ragione dell'evidenza fattuale per cui non siamo ancora in grado di percepire appieno i pericoli e i danni che l'uso dell'I.A. produrrà a lungo termine.

Lo sviluppo gargantuesco dei sistemi di I.A. ed il loro utilizzo sempre più massivo in ogni ambito dell'esistenza digitale, ha fatto man mano emergere "nuovi" rischi, mai prima ipotizzati, e reso concreti pregiudizi "potenziali" per i quali si riteneva prematura qualsiasi "alzata di scudi"⁴.

Su tali coordinate è evidente l'antitetività delle due istanze che paiono spingere in direzioni diametralmente opposte tra loro, dovendo tentare un temperamento apparentemente impossibile tra la necessità di innovazione ed il dover evitare pregiudizi ad oggi ancora (in parte o *in toto*) ignoti. Tuttavia, tale dicotomicità, quanto meno sotto il profilo giuridico ed in relazione alla funzione pubblica, potrebbe essere soltanto apparente.

Il tiro alla fune tra le due esigenze innanzi descritte, infatti, potrebbe trovare un valido punto di sintesi attraverso l'applicazione allo sviluppo dell'I.A. del principio di precauzione, preconizzando un vero e proprio principio di precauzione algoritmica che, nella più recente normazione comunitaria e convenzionale, inizia a trovare ampio spazio⁵.

A fronte di un problema (apparentemente) risolto, come una novella Idra di Lerna, ne emergono due: quale tipologia di "precauzione" può essere efficacemente applicata al mondo dell'Intelligenza Artificiale? E come declinarne correttamente l'applicazione per evitare di incorrere nel rischio di "eccesso di precauzione"⁶?

1 Si parla di sistemi e non di semplici algoritmi, atteso che l'Intelligenza Artificiale -nelle sue declinazioni più evolute, è costituita da almeno due algoritmi: uno "addestratore" e uno "addestrato". Pertanto, più correttamente deve parlarsi di sistemi in cui almeno due algoritmi interagiscono tra loro.

2 F. PATRONI GRIFFI, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, in *Intelligenza artificiale – il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2020, 481; B. CARAVITA DI TORITTO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale, il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2020, 453.

3 M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017.

4 Si pensi al pericolo dettato dai sistemi che attribuiscono il cd. *social scoring*.

5 Il riferimento è al A.I. Act e alla Convenzione Quadro 2024, di cui si parlerà meglio nei paragrafi finali del presente lavoro.

6 P. ZUDDAS, *Pregiudizi digitali e principio di precauzione*, in www.giurcost.org, 9 luglio 2020.



Il presente lavoro, senza alcuna pretesa di esaustività stante la sconfinata produzione giuridica in materia, intende affrontare i su indicati punti, offrendo alcuni spunti per una possibile “nuova” declinazione del principio, più aderente alle esigenze della specifica materia tecnologica.

Pertanto, partendo da una brevissima storia dell’evoluzione del principio di precauzione, dal suo ambito elettivo di applicazione, fino alla sua riconosciuta, ancorché non sempre espressa ed esplicita, portata generale, si verificherà la sua compatibilità con l’I.A., per poi valutare quale delle varie facce del principio appaia più efficace rispetto al c.d. “ambiente digitale”⁷. Alla luce di tale disamina di *compliance*, si procederà a verificare come dovrebbe atteggiarsi il principio sotto il profilo meramente applicativo della discrezionalità e della proporzionalità, per giungere infine alla nascita di un nuovo principio, ovvero ad una nuova declinazione del “vecchio” principio di precauzione: il principio della “innovazione sicura”.

2 - Breve storia del principio di precauzione e della sua evoluzione. Verso una “nozione minima” del principio.

I prolegomeni del principio di precauzione sono rintracciabili nella legislazione tedesca degli anni '70 afferente alla materia ambientale⁸, ove per la prima volta si affrontava il tema del rapporto tra sviluppo industriale e conseguenti danni all’ambiente.

Successivamente il principio è stato delineato nella Carta mondiale della natura, approvata dall’ONU nel 1982.

In tale sua primigenia formulazione, il principio assumeva i connotati del “principio-moratoria”⁹, atteggiandosi quale vero e proprio ostacolo allo svolgimento di attività di cui non potesse essere garantita la piena valutazione degli effetti avversi¹⁰.

7 E. CIBELLA, *Il principio di precauzione nell’ambiente digitale*, in www.journals.uniurb.it, 2023.

8 G. GORGONI, *Il principio di precauzione e la governance dell’incertezza*, in *Governare la paura*, 2013, 176-191; E. CIBELLA, *op. ult. cit.*, 521; G. MANFREDI, *Note sull’attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, n. 3, 1077, che richiama l’art. 20a della Legge Fondamentale tedesca, dove viene declinato anche un richiamo alla sostenibilità, quale tutela per le generazioni future. Sempre dalla Legge Fondamentale tedesca emerge il rapporto tra principio di precauzione e principio di prevenzione, in cui il primo è evoluzione del secondo, al fine di innalzare i livelli di tutela. Cfr. S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, a cura di L. CHIEFFI, Torino, 2003, 151. Sull’evoluzione del principio di precauzione nel bacino della Comunità Europea cfr. T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, n. 5, 1244.

9 Il paragrafo 11b della Carta stabiliva che “*se i potenziali effetti avversi non possono essere pienamente valutati, le attività non potranno essere realizzate*”; D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale fra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Dir. gest. Amb.*, 2001, fasc. 2, 22.

10 Da notare che il divieto non era legato alla sussistenza degli effetti avversi, ma alla loro piena conoscenza e consapevolezza.

La sua declinazione espressa, tuttavia, in forma meno rigida e maggiormente programmatica, è arrivata soltanto con la Dichiarazione di Rio sull'Ambiente del 14 giugno 1992, il cui principio n. 15 espressamente afferma che «*Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il Principio di precauzione. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale*».

Già si nota, da tale formulazione, l'abbandono della pretesa di piena conoscenza degli effetti avversi in favore di una più performante impostazione di "gestione del rischio"¹¹.

Inoltre, non può non notarsi un carattere che ancora oggi accompagna detto principio: la sua evanescenza. Non è difatti, ancora oggi rintracciabile una definizione netta e chiara del principio di precauzione, che tuttora si atteggia quale "regola a contenuto indeterminato"¹².

Da tale momento, detto principio, proprio per la sua rilevanza e grazie alla sua vaghezza¹³, ha lentamente traciato i confini del suo *humus* genetico della tutela della salute e dell'ambiente, fino ad acquisire portata generale. E ciò grazie, da un lato, ad una parte della dottrina che ha rilevato come la sua esistenza – lungi da richiedere una espressa codificazione espressa – fosse insita nel diritto internazionale consuetudinario, per trovare poi mera conferma nella legislazione europea¹⁴, e dall'altro, grazie all'opera di estensione interpretativa operata dalla giurisprudenza comunitaria¹⁵.

11 In generale sul tema cfr. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

12 M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 2, 2016, 425.

13 Sulla vaghezza del principio di precauzione P. ZUDDAS, *op. cit.*, 411.

14 P. ZUDDAS, *op. ult. cit.*, 409-410; G. MANFREDI, *op. cit.*, 1077.

15 Il principio di precauzione è stato inizialmente inserito nell'art. 130 del Trattato di Maastricht, per la sola materia ambientale, poi transitato nell'art. 174 del Trattato CE, ed infine rinumerato come art. 191 del Trattato di Lisbona. Sulla giurisprudenza comunitaria in tema di estensione della portata dal principio di precauzione ved. P. ZUDDAS, *op. ult. cit.*, 410, nota 8, in cui si richiamano Trib. CE, 26 novembre 2002, cause riunite T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00, sentenza "Artedogan", la quale afferma che «nonostante sia menzionato nel Trattato solamente in relazione alla politica ambientale, il principio di precauzione ha [...] un ambito di applicazione più ampio. Esso è destinato ad applicarsi, al fine di assicurare un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza dei consumatori e dell'ambiente, in tutti gli ambiti di azione della Comunità [...]» (punto 183); «ne consegue che il principio di precauzione può essere definito come un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici. Infatti, essendo le istituzioni comunitarie responsabili, in tutti i loro ambiti d'azione, della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente, il principio di precauzione può essere considerato come un principio autonomo che discende dalle menzionate disposizioni del Trattato» (punto 184). L'Autore cita altresì la sentenza sul caso "Solvay" (Trib. CE, 21 ottobre 2003, T-392/02), in cui si ribadisce che «il principio di precauzione costituisce un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità interessate di adottare [...] provvedimenti appropriati al fine

Estensione tradottasi nella nota Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000, in cui è stato espressamente valorizzato il respiro generale del principio di precauzione, proprio grazie all'indeterminatezza dei suoi contorni¹⁶.

Anche nella legislazione italiana¹⁷ il principio di precauzione ha avuto un'iniziale applicazione limitata (quanto meno apparentemente) alla sola tematica ambientale. All'interno dell'Ordinamento italiano, infatti, la prima positivizzazione espressa del principio è stata operata nel Codice dell'Ambiente, in cui compare tanto tra i principi generali¹⁸, quanto con riferimento ai profili risarcitori da danno ambientale¹⁹; ed anche in Italia, attraverso l'opera

di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici» (punto 121).

16 Comunicazione del 2 febbraio 2000, par. 3: «... A livello comunitario, il solo riferimento esplicito al principio di precauzione è contenuto nel titolo dedicato all'ambiente del Trattato CE, e più in particolare l'articolo 174. Non bisogna per questo dedurre che il principio sia applicabile solo in materia ambientale (Allegato I, Rif. 2, 3 e 4). Anche se il principio è menzionato nel Trattato, esso non vi è definito. ...». L'indeterminatezza del principio, peraltro, appare coerente con l'ammissione da parte del diritto comunitario di interpretazioni "nazionali" del principio di precauzione secondo le scelte politiche del singolo Stato, cfr. in tema M. RENNA, *Il principio di precauzione e la sua attuabilità*, in *Forum dei Quad. Costituzionali*, n. 2, 2023, 346.

17 Per F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale*, Lecce, 2006, il principio di precauzione è entrato nell'ordinamento italiano come risposta osmotica alle elaborazioni del diritto internazionale e comunitario. Ved. anche L. MARINI, *Il principio di precauzione nell'ordinamento internazionale e comunitario: disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Milano, 2004.

18 Art. 3 *ter* D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, rubricato "Principio dell'azione ambientale", introdotto dall'art. 1, comma 2, D. Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4: «La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio «chi inquina paga» che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale».

19 Art. 301 D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, rubricato "Attuazione del principio di precauzione": «1. In applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione.

2. L'applicazione del principio di cui al comma 1 concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva.

3. L'operatore interessato, quando emerga il rischio suddetto, deve informarne senza indugio, indicando tutti gli aspetti pertinenti alla situazione, il comune, la provincia, la regione o la provincia autonoma nel cui territorio si prospetta l'evento lesivo, nonché il Prefetto della provincia che, nelle ventiquattro ore successive, informa il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

4. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in applicazione del principio di precauzione, ha facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione, ai sensi dell'articolo 304, che risultino:

- a) proporzionali rispetto al livello di protezione che s'intende raggiungere;
- b) non discriminatorie nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate;
- c) basate sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri;
- d) aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici.

5. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare promuove l'informazione del pubblico quanto agli effetti negativi di un prodotto o di un processo e, tenuto conto delle risorse finanziarie previste a legislazione vigente, può finanziare programmi di ricerca, disporre il ricorso a sistemi di certificazione ambientale ed assumere ogni altra iniziativa volta a ridurre i rischi di danno ambientale».



interpretativa della Corte costituzionale, si è giunti a preconizzarne un'estensione al di là del suo ambito di elezione²⁰.

Estensione generale²¹ a tutte le attività della pubblica amministrazione che, a ben vedere, era già nell'essenza stessa delle cose, atteso il richiamo espresso dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ai principi comunitari tra cui, come visto, spicca il principio di precauzione²².

20 P. ZUDDAS, *op. ult. cit.*, 410-411, in nota, richiama decisioni che hanno esteso la portata del principio principalmente alla materia sanitaria. Tra le tante l'Autore cita la sentenza n. 185 del 1998, sul diritto a farmaci sperimentali, in relazione al c.d. caso Di Bella in cui, peraltro, P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, n. 3, 599 rintraccia un'applicazione invertita nella quale «il principio di precauzione viene qui fatto funzionare in modo esattamente rovesciato rispetto al comune sentire: non si vieta bensì s'impone l'estensione mirata di un trattamento della cui efficacia ancora non v'è certezza. In divenire, non si esclude comunque un più penetrante sindacato di legittimità allorché i riscontri scientifici fossero disponibili»; la sentenza n. 351 del 1999, sul trattamento dell'encefalopatia animale; la sentenza n. 382 del 1999, relativa alla fissazione, da parte delle Regioni, dei più stringenti limiti espositivi ai campi elettromagnetici. L'Autore, inoltre, richiama anche le sentenze costituzionali "contenitive" del principio, ovvero quelle riconducibili all'orientamento che bilancia l'applicazione della precauzione censurandone l'eccessivo utilizzo. In particolare, la sentenza 282/2002, afferma che una scelta legislativa "limitativa" di alcuni trattamenti sanitari, in una prospettiva eminentemente cautelativa «in attesa di futuri accertamenti che dovrebbero essere compiuti dall'autorità sanitaria nazionale, si pone in contrasto con il principio fondamentale - la cui determinazione è riservata allo Stato - secondo cui un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, ma deve prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni ed organi, di norma nazionali o sopranazionali, a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico - scientifici, e comunque deve costituire il risultato di una siffatta ricerca nel mettere in guardia contro gli interventi limitativi del legislatore, delinea una «competenza costituzionalmente fondata dei medici, sulla base delle conoscenze scientifiche acquisite da istituzioni specializzate e nel rispetto delle regole di deontologia professionale», a svolgere attività curative, preventive e riabilitative».

21 A. BARONE, *Amministrazione del rischio e Intelligenza artificiale*, in *Eur. Rev. of Dig. Adm. & Law – Erdal*, 2020, Vol. 1, 65, parla di estensione del principio di precauzione – già dal 2010 – alle materie dell'immigrazione e del terrorismo. Cfr. M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, 2010.

22 Il riferimento ai principi dell'ordinamento comunitario è stato introdotto con legge 11 febbraio 2005, n. 15. M. RENNA, *op. ult. cit.*, 342, evidenzia altresì come pre-esistessero al Codice dell'Ambiente anche altre norme, quali la legge quadro 36/2001 sull'esposizione ai campi elettromagnetici, attuative del principio. Principio che, secondo l'Autore, prima del Codice dell'Ambiente configurava più un limite all'esercizio della discrezionalità amministrativa, ponendosi come criterio guida al pari del criterio di proporzionalità. M. ALLENA, *op. ult. cit.*, 425 richiama anche la presenza immanente del principio di precauzione all'interno del Codice del Consumo (D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Per una panoramica delle singole discipline contenenti riferimenti al principio di precauzione cfr. G. MANFREDI, *op. cit.*, 1079-1080; F. ACERBONI, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in *Dir. reg.*, 2000, 252 ss.; S. GRASSI, *Prime osservazioni sul principio di precauzione come norma di diritto positivo*, in *Dir. e gest. dell'ambiente*, 2001, 37 ss.



In ragione di tale *vis expansiva* del principio, non appare pertanto improprio o eccessivamente immaginifico estenderne la portata applicativa anche al mondo digitale e, segnatamente, alle tematiche dell'Intelligenza Artificiale²³.

Non può non valorizzarsi, in tale prospettiva, che la natura "internazionale" della genesi del principio, ben si amalgami con la vocazione globale del fenomeno dell'Intelligenza Artificiale, il cui sviluppo ha rapidamente portato al superamento delle ormai vetuste categorie della geografia territoriale e politica a vantaggio di un nuovo modello di analisi del mondo: la geografia funzionale²⁴. Quest'ultima, infatti, si palesa come l'unica in grado di cogliere l'essenza degli stravolgimenti sociali in divenire, valorizzando le interconnessioni - fisiche e infrastrutturali - che tracciano una nuova mappa del mondo, che non tiene più conto dei confini nazionali o naturali²⁵.

A *fortiori*, poi, non appare prematuro estendere l'applicazione del principio al tema dell'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale da parte della pubblica amministrazione per l'esercizio della propria funzione²⁶, proprio in ragione dell'evidenza assiomatica per cui la finalità della pubblica amministrazione è appunto la cura degli interessi pubblici collettivi. Talché, se da un lato la pubblica amministrazione nell'esercizio della sua funzione non può muoversi liberamente al pari di un soggetto privato, dall'altro la stessa non può permettersi di "perdere il treno" dell'evoluzione digitale, rischiando di abdicare il proprio ruolo in favore di *competitor* privati che – privi dei limiti connessi alla finalità istituzionale – hanno avuto massima libertà nello sviluppo della loro tecnologia²⁷. D'altronde, come si avrà modo di

23 Deve, sotto tale profilo, citarsi la Dichiarazione di Asilomar del 2017, in cui accademici e rappresentanti dei maggiori *players* operanti nel settore delle IIAA. hanno stabilito gli "Asilomar AI Principles" in cui, pur non essendo richiamato espressamente quello di precauzione, viene caldeggiato l'inserimento di strumenti di gestione del rischio.

24 P. KHANNA, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Roma, 2016, richiamato da B. CARAVITA DI TORITTO, *op. ult. cit.*, 454.

25 L'esempio riportato da P. Khanna e da B. Caravita di Toritto, è quello dell'aeroporto di Copenaghen, più vicino agli abitanti di Malmo, più di quanto non lo sia lo stesso aeroporto di Malmo. Ciò grazie ad un ponte che collega Danimarca e Svezia e senza che tale nuova connessione possa frapporsi la differenza di lingua. L'effetto di questa nuova geografia è la disintegrazione dell'identità nazionale a favore di un senso di appartenenza totalmente diverso, per esempio correlato a territori più ampi, i cui confini sono tracciati dalla "capacità digitali" delle comunità che vi risiedono, oppure, addirittura, un senso di appartenenza che trova nelle condivise categorie di interesse il *trait d'union* di inedite forme di comunità. Si pensi, esemplificativamente, alle categorie professionali, che ben potrebbero identificare autonome geografie funzionali, trascendenti i confini politici o naturali.

26 In dottrina, fin dagli albori della rilevanza della tematica digitale, cfr. A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Milano, 2008.

27 B. CARAVITA DI TORITTO, *op. ult. cit.*, 453, parlava appunto di abdicazione del potere pubblico in capo ai *players* privati dotati della libertà e delle risorse economiche per sviluppare la tecnologia che sarebbe stata poi "venduta" alla pubblica amministrazione, la quale diverrebbe così "ostaggio" di un privato in grado di dettare le regole dell'esercizio tecnologico della potestà pubblica. Il tema riecheggia la questione della tensione tra principio di legalità e principio di precauzione che nella presente trattazione verrà soltanto accennata.



verificare nel prosieguo, la strada della precauzione è stata seguita anche dal legislatore comunitario e convenzionale proprio in tema di *Artificial Intelligence*. Impostazione che, pur condivisibile, lascia irrisolto un quesito di non secondaria importanza: quale tipologia di precauzione è applicabile allo sviluppo degli algoritmi per la p.a.?

La risposta a tale quesito passa ineludibilmente dalla necessità di tracciare una “nozione minima” del principio, che offra le coordinate essenziali – ma sicuramente non esaustive – per poter calare lo stesso all’interno della funzione amministrativa algoritmica.

L’assenza di una definizione univoca di precauzione²⁸, infatti, pur essendo un suo tratto genetico essenziale, proprio per garantirne l’elastica applicazione ha condotto alla proliferazione di variegate ricostruzioni dogmatiche dell’istituto, ognuna atta a valorizzare uno specifico criterio applicativo del principio²⁹.

3 - La dicotomica natura della precauzione. Precauzione “forte” versus precauzione “debole”.

Ai fini di nostro interesse, la distinzione più rilevante del principio di precauzione – a cui peraltro appaiono riconducibili, in sintesi, tutte le tesi ricostruttive – è tra la sua declinazione quale “regola per procedere” oppure quale “regola per decidere”³⁰.

Nella prima ipotesi, la dottrina parla di significato formale o “debole” del principio³¹, la cui applicazione si manifesta all’interno del procedimento di analisi del rischio attraverso la valutazione dell’incertezza scientifica sugli effetti negativi che confluisce quale elemento dell’analisi: trattasi di una “presa in considerazione” dell’incertezza³² che però non preclude –

28 D. BODANSKY, *Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle*, in *Environment*, 1991, n. 7, 4.

29 L’eterogeneità delle ricostruzioni è la conseguenza della vaghezza della nozione, derivante altresì dalla caratterizzazione della precauzione quale principio di politica del diritto, cfr. G. MANFREDI, *op. ult. cit.*, 1098. Per un’analisi compiuta (anche se probabilmente non totalmente esaustiva) dei singoli aspetti cfr. P. ZUDDAS, *op. cit.* e L. BUFFONI, A. CARDONE, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento “formale-procedurale” delle fonti del diritto*, in *Osserv. sulle fonti*, fasc. 3/2012, 1 ss. Sui vari approcci metodologici di indagine si invita alla lettura di M. ALLENA, *op. cit.*, 412 ss., che affronta la fenomenologia del principio di precauzione sotto la prospettiva filosofica e quella sociologica, richiamando anche i lavori di K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970 e U. BECK, *La società del rischio*, Roma, 1980, in cui si dà atto della contraddizione intrinseca del progresso scientifico che crea sempre nuovi rischi, senza avere la capacità di dominarli.

30 L. BUFFONI, A. CARDONE, *op. ult. cit.*, 4 ss.

31 L. BUFFONI, A. CARDONE, *op. ult. cit.*, 4 ss.; P. ZUDDAS, *op. ult. cit.*, 420 ss.; F. FONDERICO, *La tutela dall’inquinamento elettromagnetico. Profili giuridici*, in *Quad. dir. amm.*, Milano, 2002, 51 ss.; F. FONDERICO, *Tutela dall’inquinamento elettromagnetico e amministrazione “precauzionale”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 339 ss.; J.B. WIENER, *Precaution*, in D. BODANSKY, J. BRUNÉE, E. HEY, *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford, 2008, 597 ss.

32 P. ZUDDAS, *op. cit.*, 420.



in ossequio alla declinazione contenuta nel TFUE e nella Convenzione di Rio – la normazione dei fenomeni.

Di contro, il significato “forte” o sostanziale del principio di precauzione, si atteggierebbe come “regola per decidere”, configurandosi come elemento pivotale della decisione, che prescinde da ogni valutazione sul rischio e conduce direttamente alla preclusione radicale dell’attività, secondo il modello del “principio-moratoria” emerso nella Carta mondiale della natura, approvata dall’ONU nel 1982.

La distinzione tra senso “debole” o “forte” è dunque legata al rapporto tra norma e dato scientifico. È difatti evidente la tirannia assoluta della normazione sul dato scientifico nella ricostruzione “forte” del principio, a fronte di una – quanto meno apparente, come si vedrà meglio *infra* – ancellarità della norma rispetto all’informazione scientifica, nella visione “debole” della precauzione.

D’altronde al principio di precauzione in senso “forte” sono riconducibili le modalità applicative dell’anticipazione preventiva³³ e dell’inversione dell’onere della prova³⁴, aventi chiara natura dissuasiva, se non addirittura preclusiva, dell’utilizzo delle nuove tecnologie, mentre al concetto “debole” del principio deve essere ricondotto il criterio dell’analisi costi/benefici, il quale non vieta, ma tempera l’uso di tecnologia dall’impatto sconosciuto.

Entrambi i modelli suggeriti, d’altro canto, presentano evidenti criticità: se da un lato la precauzione in senso sostanziale garantisce sicuramente l’efficacia delle sue restrizioni, dall’altro le direttive applicative risultano spesso intrinsecamente contraddittorie, impendendo lo sviluppo della tecnologia necessaria proprio per gestire al meglio i rischi oggetto della precauzione³⁵.

Parimenti l’approccio “debole e formale”, pur garantendo la necessaria flessibilità per poter permettere lo sviluppo della tecnologia, rischia di risolversi in inefficaci petizioni valoriali prive di precettività e, dunque, incapaci di governare il fenomeno evolutivo³⁶.

Tuttavia, nell’odierno quadro evolutivo e tecnologico, l’accezione “debole” del principio precauzionale appare maggiormente performativa, assurgendo dunque ad approccio sicuramente più efficace. Ciò, invero, risulta essere la conseguenza del progressivo abbandono

33 D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale fra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, n. 2, 22.

34 S. GRASSI, *Prime osservazioni sul “principio di precauzione” come norma di diritto positivo*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, n. 2, 46, il quale evidenzia la portata dissuasiva di una normazione che disciplini una responsabilità per danni ignoti (e quindi privi di elemento psicologico), rispetto all’utilizzo di nuove tecnologie.

35 S. CLARKE, *Future technologies, dystopic futures and the precautionary principle*, in *Ethics ad Information Technology*, 2005, 121 ss., precisa la contraddittorietà intrinseca del vietare la sperimentazione di tecnologia potenzialmente pericolosa, atteso che ciò, pur garantendo il massimo grado di tutela, impedisce di trovare le soluzioni necessarie ed adeguate alla prevenzione di tali rischi.

36 S. CLARKE, *op. ult. cit.*, 121 ss.

della “fede” nell’autorità e, soprattutto, nell’autorevolezza della “sostanza” delle leggi e delle decisioni politiche rispetto alle evoluzioni della tecnica, per cui «*ciò che resta è il funzionamento delle procedure, cioè lo svolgersi della volontà nei meccanismi produttivi delle norme, nei “nomo-dotti”, che, appunto, conducono la volontà della proposizione alla posizione delle norme*»³⁷.

Non è più ingenuamente predicabile che la norma sia in grado di anticipare compiutamente la disciplina di un fenomeno, in quanto è necessario prendere atto dell’evidenza per cui l’evoluzione tecnologica (o scientifica) ha un passo decisamente più veloce. È la norma che, ormai, è costretta ad inseguire la scienza ed i suoi risultati.

Pertanto è nella sede procedurale che si deve consumare correttamente il rapporto tra diritto e scienza nella prospettiva della precauzionalità. Rapporto che deve essere improntato ad evitare la deriva del giustecnicismo, in cui la tecnica, da oggetto di regolazione lo sviluppo, si elevi a principio regolatore³⁸.

In un tale nuovo contesto il diritto deve porsi come strumento di integrazione sinergica – e non di mero regolatore – del fenomeno scientifico. In altri termini, il diritto deve coprire una «*funzione di critica e di integrazione del sapere scientifico laddove i possibili nessi causali tra potenziali fattori di danno ed effetti pregiudizievoli non siano individuabili ovvero decifrabili sulla scorta di criteri scientifici*»³⁹. E la sede per tale ruolo è appunto quella del procedimento di formazione della scelta precauzionale.

A ben vedere è questo il tratto essenziale e caratterizzante del principio di precauzione. Esso non interviene in ambiti di raggiunta conoscenza, ma disciplina l’incertezza provocata dalla scienza e che la stessa scienza non è in grado di gestire. Essenziale è, dunque, comprendere che l’approccio precauzionale interviene sul rischio e non sul pericolo. La distinzione è decisiva.

Il rischio è un evento futuro, ma *incertus an* in ragione dell’assenza di conoscenze scientifiche che ne suffraghino la probabilità. Esso, dunque, si riallaccia al concetto giuridico della minaccia⁴⁰.

37 L. BUFFONI, A. CARDONE, *op. cit.*, 5, che cita N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 45 e N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 60-67, in cui l’Autore evidenzia la proceduralizzazione come unica possibilità per il diritto di regolare tecnica, senza esserne assorbito.

38 G.M. FLICK, *L’avvocatura di fronte ai diritti umani*, in www.apertacontrada.it, 24/12/2010; N. IRTI, *op. ult. cit.*, 65.

39 A. LONGO, F.N. DISTEFANO, *Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente fra diritto amministrativo e penale*, in www.federalismi.it, 2019, 1, citato da E. CIBELLA, *op. ult. cit.*, 515.

40 D. AMIRANTE, *op. cit.*, 21.

Al contrario il pericolo è anch'esso un evento futuro, ma la cui verifica – proprio alla luce delle consolidate conoscenze scientifiche – è sufficientemente probabile⁴¹; al verificarsi di determinate condizioni (la cui verifica è incerta), sia ha la certezza di una determinata conseguenza dannosa⁴².

L'incertezza connessa al concetto giuridico di rischio non è solo nell'*an* (se sarà dannoso), ma anche nel *quantum* (quanto sarà dannoso), sul *quomodo* (in che modo potrà essere dannoso), sul perché potrà esserci un danno. Il rischio, dunque, poggia sulla totale assenza di conoscenze in ordine alle conseguenze potenziali di un determinato evento.

Quanto innanzi consente, infine, di tracciare l'ulteriore linea distintiva necessaria per la corretta delimitazione del principio di precauzione: quella tra principio di precauzione e principio di prevenzione, in modo da evitarne la loro sovrapposizione.

La differenza tra i due principi è tanto qualitativa, quanto quantitativa: mentre il primo mira alla gestione di un rischio incerto, anticipando⁴³ il momento dell'adozione delle misure preventive, il secondo interviene in caso di danno "accertato", adottando misure contenitive che, trovando il loro fondamento nella certezza del verificarsi del danno, riescono sicuramente ad avere una maggiore efficacia, in ragione della piena comprensione degli effetti nocivi del fenomeno.

La precauzione, dunque, anticipa la prevenzione.

Anche sotto tale profilo, pertanto, emerge la maggiore performatività – rispetto all'ambiente digitale – dell'approccio precauzionale "debole", rispetto ad un'impostazione "forte" che, almeno in parte, rischia di sovrapporsi con il principio di prevenzione.

4 – L'applicazione del principio di precauzione nella I.A. a servizio della pubblica amministrazione.

Così posti i prolegomeni del problema, l'ambito della I.A. appare l'*humus* ideale in cui sviluppare una specifica dottrina del principio di precauzione. *Humus* ancora più fertile ove si analizzi il fenomeno dalla prospettiva della pubblica amministrazione.

41 Per una disamina attenta della differenza tra rischio e pericolo nel prisma della precauzione cfr. F. FOLLIERI, *Precauzione, prevenzione e legalità nell'emergenza da Covid-19*, in www.journals.uniurb.it, 2020, 81 ss.; F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1498 ss.

42 La distinzione manichea tra certezza ed incertezza scientifica qui seguita, è soltanto una semplificazione funzionale alla trattazione. Per converso è noto che, anche in ragione della complessità dei fenomeni scientifici, tra i due poli opposti vis siano ampie zone grigie, così S. GRASSI, A. GRAGNANI, *op. cit.*, 154.

43 Quanto meno sotto la declinazione della "anticipazione preventiva", cfr. P. ZUDDAS, *op. ult. cit.*, 423.

Se, infatti, l'utilizzo di sistemi di I.A. da parte della pubblica amministrazione⁴⁴ è sicuramente foriero di vantaggi, immediatamente percepibili sotto i profili della velocità di gestione dei procedimenti e di ottimizzazione delle risorse, senza contare l'opinione di parte della dottrina che ritiene l'azione algoritmica meno soggetta ad errori e più "equa"⁴⁵, è altresì vero che la velocità con cui detti sistemi evolvono non consente di comprendere appieno l'impatto che gli stessi hanno nell'immediato – e avranno nel lungo periodo – sul rispetto dei principi che governano l'azione amministrativa⁴⁶.

Con ancora maggiore onestà, deve affermarsi che non si è neppure in grado di comprendere quali potranno essere i rischi connessi all'uso dell'Intelligenza Artificiale.

I rischi dell'applicazione dell'Intelligenza Artificiale è dunque il regno dell'ignoto. A differenza della materia ambientale o alimentare, ove la possibilità di effetti nocivi – ancorché non compresi nella loro incidenza – è comunque immediatamente percepibile, nell'"ambiente digitale"⁴⁷ tale percezione non è affatto immediata.

Soltanto a seguito della concreta applicazione dei primi sistemi algoritmici, sono emerse problematiche inaspettate⁴⁸ – legate principalmente ad effetti discriminatori, conseguenti alla

44 Pur non essendo oggetto della presente trattazione, non può evitarsi di analizzare l'ulteriore profilo critico legato alle modalità di approvvigionamento dei sistemi di I.A. da parte delle pp.aa. Se, difatti, alcuni Enti hanno operato attraverso l'autoproduzione (per esempio Banca d'Italia), le amministrazioni dotate di minore capacità economica, avranno la sola possibilità di ricorrere all'appalto di fornitura e/o di servizio, con la conseguenza, per quanto possano essere puntualmente individuate le esigenze dell'amministrazione concedente, di affidare la soluzione tecnica ad un soggetto privato che, nel caso di sistemi utilizzati per l'esercizio della funzione pubblica, diverrà parte dell'applicazione del *munus* pubblico. Cfr. L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali e machine learning: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione*, a cura di A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI, Bologna, Vol. II, 146.

45 Sull'ingenua convinzione che i sistemi di Intelligenza Artificiale sia equi, cfr. F. PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*, 475 ss., il quale evidenzia correttamente che più che parlarsi di equità – per come da noi intesa in termini di sostanzialità – la caratteristica dell'Intelligenza Artificiale è la "neutralità", nel differente senso di indifferenza e parificazione dei dati inseriti per l'elaborazione.

46 B. CARAVITA DI TORITTO, *op. cit.*, 455; C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, fasc. 1, 2019, 177 ss.; E. CIBELLA, *op. ult. cit.*, 516.

47 Icastica formula di E. CIBELLA, *op. ult. cit.*, 511.

48 Su tutti il caso più noto è forse -anche per "anzianità"- quello "Loomis/Compas". Con una discussa sentenza del 2016 la Corte Suprema del Wisconsin (State v. Eric L. Loomis, 13 Luglio 2016) si è pronunciata sull'appello del sig. Eric L. Loomis, la cui pena a sei anni di reclusione era stata comminata dal Tribunale circondariale di *La Crosse*. Nel determinare la pena, i giudici avevano utilizzato i risultati offerti dal sistema C.O.M.P.A.S. (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*), secondo cui Loomis era da identificarsi quale soggetto ad alto rischio di recidiva. Ciò in quanto, la struttura dell'algoritmo utilizzato -come accade in tutti gli algoritmi, d'altronde, non prevede il rischio di recidiva individuale dell'imputato ma, per converso, elabora una "previsione", frutto della comparazione tra le informazioni ottenute dall'imputato e quelle relative ad un gruppo di individui con caratteristiche assimilabili. Loomis, pertanto, presentava appello alla Corte del Wisconsin la quale, però, lo rigettava, ritenendo che la previsione di C.O.M.P.A.S. non avesse orientato in modo forte il giudizio della corte distrettuale. Per un breve approfondimento sul caso, cfr. S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giur. Penale web*, 2019,

programmazione degli algoritmi – che si ponevano in frontale contrasto con le nutrite aspettative di equità dell'utilizzo dei sistemi di I.A.

Da tanto non può non inferirsi che lo sviluppo dei sistemi di Intelligenza Artificiale sia forse il vero terreno elettivo per l'applicazione del principio di precauzione, nel suo senso “debole” di “regola per procedere”. A maggior ragione con riferimento ai sistemi di *machine learning* o di *deep learning*, il cui tratto caratterizzante è la modifica (c.d. auto-apprendimento) della risposta in *output* all'aumentare delle interazioni. L'imponderabilità delle interazioni statistiche che l'algoritmo potrebbe continuare a trovare, e dunque, la non prevedibilità dei risultati algoritmici⁴⁹ rende ancora più oscura ed ignota qualsiasi valutazione sui possibili rischi dell'uso dell'I.A. Rischi che potrebbero imponderabilmente virare verso lidi inaspettatamente emergenti da inusitate correlazioni estratte dall'algoritmo.

Propugnare un approccio sostanziale apponendo una “regola per decidere” che limiti radicalmente l'utilizzo degli strumenti di I.A., passando dalla precauzione alla “preoccupazione”⁵⁰ infatti, appare una scelta miope e, nella prospettiva della pubblica amministrazione, estremamente pericolosa.

Impedire in radice alle pp.aa. – già di per sé notoriamente avvinte dal *digital gap*⁵¹ - di utilizzare i sistemi di I.A. sulla scorta del timore di possibili “sviamenti algoritmici” dell'azione amministrativa, rischia di essere una cura ben più dannosa della malattia.

Il vero rischio che l'approccio precauzionale deve disinnescare è, dunque, quello di un “eccesso di precauzione” che impedisca alle pubbliche amministrazioni di mantenere il passo dell'evoluzione digitale, provocando ciò che può essere efficacemente definito come una vera e propria “abdicazione della potestà” in favore dei mega *players* privati, proprietari della tecnologia necessaria anche per le amministrazioni pubbliche.

Pertanto, rispetto al “problema I.A.” non è possibile predicare un approccio di “anticipazione preventiva”, in cui si antepone la preclusione dell'attività a rischio «rispetto alla prova scientifica dell'evidenza del bisogno di intervenire»⁵². In tal modo, infatti, si opererebbe una potenziale erronea e non proficua sovrapposizione tra i concetti – innanzi divisati – di rischio

4; L. TORCHIA, *Lo Stato digitale - una introduzione*, Bologna, 2023, 139, richiama il caso -ancora più evidente ed eclatante- in cui, sulla base di un dataset ristretto, il programma di riconoscimento facciale di Google ha riconosciuto come uomini di colore alcuni gorilla.

49 Ciò riecheggia il tema delle *black box*, definizione utilizzata per chiarire come non sia comprensibile in che modo il sistema di I.A. decide e, pertanto, come non sia nemmeno preventivabile l'evoluzione dei risultati.

50 F. FOLLIERI, *op. cit.*, 85 ss.

51 All'interno del PNRR sono previsti ben 7 investimenti per la digitalizzazione della PA, messi a disposizione attraverso 14 misure, per un totale di oltre 6 miliardi di euro.

52 S. GRASSI, *op. cit.*, 45; T. MAROCCO, *op. cit.*, 1233, citati da P. ZUDDAS, *op. cit.*, 415-416.

e pericolo, elevando il rischio a elemento sufficiente per evitare di normare una fattispecie, di fatto precludendola⁵³, così parificando il principio di precauzione e quello di prevenzione.

L'unica declinazione possibile del principio precauzionale, dunque, è quella della "limitazione proporzionata", alla cui base vi sia una ponderazione tra costi e benefici che consenta di garantire i maggiori vantaggi possibili della nuova tecnologia al minor costo in termini di potenziali pregiudizi⁵⁴.

In particolare, per quanto riguarda lo specifico ambito di analisi della presente trattazione, il rapporto costi-benefici riflette una specularità di analisi. A ben vedere, infatti, il contemperamento tra i vantaggi conseguenti alla limitazione dell'uso degli algoritmi e i costi derivanti dalla rinuncia al loro sfruttamento⁵⁵, è il rovesciamento della prospettiva secondo cui i vantaggi sono conseguenti all'implementazione dell'I.A. nell'azione amministrativa mentre i costi dovrebbero concepirsi come il "prezzo" da pagare in termini di aggravamento del *digital device* della pubblica amministrazione.

La specularità, se da un lato potrebbe apparire come un mero esercizio di stile, in realtà tradisce la complessità dell'approccio proporzionale in *subiecta materia*, in cui i termini della valutazione costi benefici mutano a seconda del tipo di approccio.

Ad ogni buon conto, l'approccio "proporzionale" all'uso della I.A. all'interno della pubblica amministrazione, se può apparire soddisfacente ad una prima superficiale analisi, al contrario sconta una problematica di fondo che, invero, avvince nella sua sostanza il principio di precauzione: qual è il termine di parametro per l'applicazione della proporzionalità? Quando una misura limitativa potrà essere considerata proporzionale, rispetto al rapporto costi/benefici dell'uso dell'I.A.? A parte le ipotesi più eclatanti ed esemplificative, che non possono essere utilizzate per giustificare l'efficacia generale dell'approccio proporzionale, la questione è tutt'altro che di poco momento.

In linea generale la misura e la correttezza, e dunque la proporzionalità di un provvedimento, non sono determinati o determinabili a priori, ma richiedono una verifica prognostica rapportata allo specifico obiettivo che si intende perseguire. Un'applicazione proporzionale, dunque, prevede a monte la definizione di un fine che, per poter offrire una chiara bussola esegetica, deve essere sufficientemente definito. Differentemente, tutto e nulla sarebbero in egual misura proporzionati e, cosa ben più rilevante, verrebbe meno la possibilità di verifica della "necessarietà" della misura stessa.

⁵³ F. FOLLIERI, *op. cit.*, 84-85 ss.

⁵⁴ L'impostazione richiama quella della Convenzione quadro sul cambiamento climatico del 1992, art. 3 paragrafo 3.

⁵⁵ P. ZUDDAS, *op. cit.*, 417.

La proporzionalità⁵⁶, dunque, esprime un concetto comparativo, sicché per poter essere correttamente predicata, presuppone un metro di misurazione, ovvero un termine di paragone che permetta una gradazione di incidenza dell'intervento.

Per tale ragione è stato correttamente e condivisibilmente affermato che «la decisione ragionevole/proporzionata è quella fondata su premesso di fatto vere, che ha “dato voce” a tutti gli interessi in gioco, frutto di un bilanciamento equilibrato fra questi interessi (nel senso che l'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito è almeno pari alla gravità del pregiudizio imposto all'interesse sacrificato), che adotta una misura idonea a perseguire il fine e necessaria (ossia fra quelle idonee, sceglie la misura meno gravosa per gli interessi sacrificati)»⁵⁷.

Non è difatti possibile, trincerarsi dietro petizioni meramente valoriali per giustificare l'adozione di atti (normativi o provvedimentali) asseritamente proporzionati. Recuperando – sotto il solo profilo lessicale – uno dei principi cardine del macchiavellismo, nell'applicazione della proporzionalità potrebbe addirittura sembrare che il “fine giustifichi i mezzi”. Ed effettivamente il fine, o più correttamente l'obiettivo, oltre ad essere il punto di arrivo dell'azione, è altresì unica misura dell'adeguatezza dei mezzi adottati per il suo raggiungimento.

56 Sul principio di proporzionalità, nella sconfinata produzione dottrinale, senza pretesa di esaustività, si cita *ex plurimis* V.E. ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto amministrativo italiano*, Vol. I, Lodi, 1897, 159 ss.; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1937, 78; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, II Ed., Milano, 1958, 181; G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, ristampa ISAP per il XXV della fondazione, Milano, 1985, 16; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 421 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dall'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 1998; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 7, 437-451; M.A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, Vol. V, 4643 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2010, 110 ss.; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli 2011; F. Astone, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, F. SAITTA, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 371 ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA, a cura di *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 389 ss.; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi*, Milano 2013; P. OTRANTO, *Principio di precauzione e potere sindacale di ordinanza*, in www.giustamm.it, 2015; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2016, 361 ss.; sull'applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza nella cd. “funzione amministrativa neutrale” cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, Bari, 2017; M. CORRADINO, *I principi di garanzia quali limiti alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo: una chiave di lettura di diritto comunitario*, in www.giustizia-amministrativa.it; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011.

57 F. FOLLIERI, *op. cit.*, 84; F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali*, cit., 1501.



Tale rapporto circolare tra finalità e proporzionalità, tuttavia, si interrompe bruscamente nel caso del principio di precauzione, ampliando ancora di più la distanza nell'ambito dell'Intelligenza Artificiale.

Se non fosse puntualmente definito quale sia l'obiettivo concreto che si intende perseguire, come sarebbe possibile valutare la proporzionalità delle misure adottate?

È la difficoltà ad offrire la risposta a tale quesito a costituire il perno centrale della complessità di applicazione del principio precauzionale all'uso dell'Intelligenza Artificiale.

Difatti, a tale domanda non può risponderci con un semplice richiamo alla non discriminazione, in termini di costo, o all'aumento dell'efficienza, in termini di vantaggio. In disparte l'eccessiva semplificazione di un fenomeno estremamente complesso, così operando si giustificerebbe un esercizio della proporzionalità talmente mutevole e privo di costrizioni, da divenire quasi illimitato nelle sue forme attuative.

Come detto la precauzione interviene in caso di necessità di normazione dell'incerto, quando le informazioni minime essenziali o sono totalmente carenti oppure non sono sufficienti per un'analisi compiuta. L'assenza di informazioni, se da un lato mantiene evidenti i "valori" da perseguire, dall'altro non sempre consente di individuare gli obiettivi concreti da perseguire. Se ne deve inferire, come efficacemente osservato in dottrina, come in dette ipotesi si assista al "fallimento" della proporzionalità e della ragionevolezza⁵⁸, le quali non trovano alcun addentellato per la loro applicazione.

Il principio precauzionale, dunque, deroga all'inapplicabilità in concreto della ragionevolezza⁵⁹, smuovendo l'*agere* amministrativo dalla paralisi dettata dall'assenza di elementi minimi per la decisione. Per tale motivo le scelte precauzionali sono intrinsecamente irragionevoli o sproporzionate, mancando i termini di paragone per la ponderazione sulla loro capacità di raggiungere l'obiettivo prefissato (che non è definito) ovvero sulle conseguenze derivanti dalla loro adozione⁶⁰.

Emerge, da su delineato quadro, il paradosso dell'approccio precauzionale proporzionato alla I.A., in cui le misure adottate al fine di limitare i danni conseguenti allo sviluppo della tecnologia, pur percepite come proporzionate e ragionevoli, rischiano di risolversi in decisioni totalmente svincolate dalla (non chiara) finalità che si intende perseguire.

Il rischio più consistente, rispetto ad un fenomeno in così esponenziale evoluzione, è che la cautela del decisore si risolva in un incolpevole – ed invero non ponderabile, né percepibile – eccesso di precauzione, adottando misure palesemente eccessive rispetto ai reali rischi dell'uso dell'Intelligenza Artificiale. Con la diretta conseguenza, soprattutto nella complessiva

58 F. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, 84.

59 F. FOLLIERI, *op. cit.*, *ivi*.

60 F. FOLLIERI, *op. loc. cit.*

geografia funzionale dello sviluppo dell'I.A., di aggravare un *gap* evolutivo rispetto ad altre parti geografiche⁶¹, in cui la sensibilità precauzionale non è altrettanto percepita.

Ne deriva la necessità di rimeditare il concetto di proporzionalità rispetto al principio di precauzione applicato allo sviluppo della I.A., dovendosi individuare un parametro più definito di ponderazione della ragionevolezza, in modo da raggiungere un efficace punto di sintesi tra le due contrapposte tensioni all'implementazione dei sistemi di I.A. nella pubblica amministrazione, da un lato, e alla esigenza di evitare un larvato inserimento di discriminazioni algoritmiche, dall'altro.

Parametro di proporzionalità che, a ben vedere, può individuarsi nella soglia del cd. "danno accettabile", ovverosia l'individuazione di ciò che è "sacrificabile" nei confronti di "pochi", per garantire il miglioramento complessivo del benessere di "molti".

In merito alla tematica qui in trattazione, esso, secondo le prassi comunitarie⁶², si raggiunge quando il rischio di inaspettate (ed inconsapevoli) discriminazioni algoritmiche da parte della macchina è pari a quello di discriminazioni (parimenti inconsapevoli) operate dall'essere umano. L'equiparazione, in sintesi, annullerebbe la differenza tra uomo e macchina, sotto il profilo dei costi. Il parametro, seppur tarato su quello che ad oggi è considerato il "rischio" più evidente dell'uso dell'I.A., ossia la discriminatorietà delle decisioni algoritmiche, ben può essere applicato ad ogni altro ambito di potenziale dannosità: l'assimilabilità tra la gestione digitale e quella umana in tema di rischi, equipara gli eventuali "costi", consentendo di valorizzare i "vantaggi" dell'uso dei sistemi di I.A.⁶³.

Speculare parametro, poi, è quello della "stretta necessità" della misura precauzionale, da intendersi come il limite esterno della proporzionalità: a fronte di più misure, tutte in grado

61 Ved. nota 24, cfr. P. KHANNA, *op. cit.*, e B. CARAVITA DI TORITTO, *op. cit.*, 454, secondo cui il richiamo alla geografia politica è ormai obsoleto, per cui il riferimento appare maggiormente efficace se riferito a porzioni di territorio geografico accomunate non dai confini fisici o politici, ma dalla capacità di interconnessione degli abitanti, anche nell'ambiente digitale. Richiamando ed estremizzando l'esempio dell'aeroporto di Malmö, nell'odierna struttura della società, appare più corretto assimilare nel medesimo *cluster* geografico due soggetti accomunati dalla stessa capacità connettiva, invece che due soggetti che – pur riferibili formalmente alla stessa nazione – scontino un *digital divide* tale da rendere difficoltosi i reciproci rapporti.

62 Risoluzione del Parlamento europeo del 2019 sulla robotica e Codice etico-deontologico degli ingegneri robotici del 2017.

63 P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in www.giurcost.org, 16 marzo 2020, 15; F.Z. BORGESIU, *Discrimination. Artificial Intelligence and Algorithmic Decision-Making*, Concilio d'Europa, Strasburgo, 2018, 18, citato da P. ZUDDAS, *Pregiudizi digitali e principio di precauzione*, *cit.*, 417, sottolineano come non possa dirsi aprioristicamente che i sistemi di I.A. siano maggiormente inclini a discriminare o viceversa, rispetto all'uomo. Tuttavia è indubbio che, ove un algoritmo iniziasse a sviluppare "nuove" discriminazioni, il suo impatto dannoso sarebbe sicuramente più incisivo e meno arginabile, data la difficoltà (per non dire l'impossibilità) di individuare la "nuova" inferenza statistica che ha dato vita alla categorizzazione discriminante.

di raggiungere la soglia del “danno accettabile”, dovrà essere preferita quella che impone una restrizione meno gravosa, appunto entro il limite dello stretto necessario⁶⁴.

Calando le superiori considerazioni in ambito di gestione dei procedimenti amministrativi, può dunque sintetizzarsi che il parametro della proporzionalità e della stretta necessità, per come innanzi declinati, costituiscano il limite sostanziale all’esercizio della discrezionalità applicativa del principio precauzionale⁶⁵.

Il quadro ricostruttivo innanzi tracciato, peraltro, consente di applicare allo sviluppo dell’I.A. un ulteriore corollario del principio di precauzione, ovverosia quello del “chi inquina paga”. Mutando i termini della locuzione e calibrandola sul concetto del “danno accettabile”, se ne potrebbe inferire una variazione in ragione del quale il “debito sociale” conseguente ai danni prodotti dall’I.A., dovrebbe essere addossato ai produttori dei *software*⁶⁶, in modo da equilibrare anche la produzione dei danni accettabili. Ciò, tuttavia, presupporrebbe la capacità di effettuare una prognosi postuma delle decisioni algoritmiche. Ipotesi questa, ad oggi, non verificabile in ragione dell’attuale problema delle *black box*⁶⁷.

Ben più perseguibile, invece, appare la strada – a completamento dell’approccio precauzionale innanzi proposto – della “inversione dell’onere probatorio” a carico dei produttori di *software*, secondo cui dovranno essere quest’ultimi a dover fornire prova che l’algoritmo non abbia effetti distorsivi. Se da un lato è evidente la gravità di tale onere, al limite della *probatio diabolica* sempre in ragione della natura opaca degli algoritmi⁶⁸, una tale impostazione consentirebbe alla pubblica amministrazione, quanto meno, di “condividere” la responsabilità in ipotesi di acclerate distorsioni.

Ciò consente di recuperare e valorizzare la concezione sociologica del principio di precauzione, che si manifesta attraverso il trasferimento dell’onere e dei costi della gestione del rischio sui privati e sulla società. Nell’ipotesi dell’I.A., poiché il fornitore/programmatore del *software* si frappone tra il privato che subisce la decisione algoritmica e la pubblica

64 M. ALLENA, *op. ult. cit.*, 423; L. BUTTI, *L'utilizzo della scienza nel diritto ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 129 ss.; M. ANTONIOLI, *Precauzione, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2007, 51 ss. Ved. in giurisprudenza, Corte di Giustizia CE, 13 aprile 1994, causa C-131/93, *Commissione c. Germania*, par. 18, in cui si precisa – con riferimento al divieto di importazione di gamberi d’acqua dolce – che una «disciplina restrittiva degli scambi intracomunitari è compatibile con il Trattato solo nella misura in cui sia indispensabile per una protezione efficace della salute e della vita degli animali».

65 M. ALLENA, *op. cit.*, 422 – 423. Sulla proporzionalità quale limite della discrezionale in generale, cfr. A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013.

66 P. ZUDDAS, *op. cit.*, 418.

67 A. SIMONICINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell’intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil dir.*, 2019, n. 1, 94 ss.

68 Sulla natura di *probatio diabolica* della prova, G. MANFREDI, *op. ult. cit.*, 1093.

amministrazione che utilizza l'algoritmo⁶⁹, tale trasferimento (di oneri e costi) ben può operarsi a carico dei fornitori, concorrendovi anche una percezione immediata di loro "responsabilità"⁷⁰.

L'intero quadro innanzi tracciato, converge verso un nuovo paradigma di precauzionalità applicata alla I.A., in cui al timore per i rischi, in un'ottica prettamente conservativa, si sostituisca un approccio propulsivo, diretto più verso l'innovazione, anche a costo di alcuni danni "collaterali".

Tale cambio pare peraltro essere stato seguito anche dalla disciplina convenzionale internazionale.

Ed infatti, nella Convenzione quadro su Intelligenza artificiale, diritto umani, democrazia e Stato di diritto del Consiglio d'Europa⁷¹, viene introdotto un principio che appare l'evoluzione digitale dell'approccio precauzionale: il principio dell'innovazione sicura⁷².

L'applicazione di tale principio, recupera ed utilizza per lo sviluppo dell'Intelligenza Artificiale la tecnica delle cd. *sandboxes*, ovverosia "ambienti controllati" in cui poter sviluppare, sperimentare e collaudare i sistemi di I.A., ovvero verificare le conseguenze del loro utilizzo. Ciò dovrebbe permettere di giungere alla commercializzazione dei sistemi di I.A. con una conoscenza sufficientemente dettagliata dei costi e dei benefici. Se *prima facie*, una tale nuova ricostruzione sembra condurre ad un superamento dell'approccio precauzionale in favore di un approccio più vicino a quello "preventivo", non foss'altro per la maggiore conoscenza delle conseguenze nell'utilizzo della tecnologia, in realtà l'uso delle *sandboxes* consacra un approccio precauzionale incentrato sul parametro proporzionale del "danno accettabile".

Non deve, in tal senso, essere dimenticato del doppio tratto caratteristico dell'I.A., ossia l'opacità delle sue decisioni e l'imponderabilità degli *output* in ragione dell'aumentare delle correlazioni rilevate dall'algoritmo. Ciò riduce l'efficacia delle *sandboxes*, il cui utilizzo non è

69 Quanto meno nella ipotesi – sicuramente più frequenti – in cui la pubblica amministrazione non ricorra all'autoproduzione.

70 M. ALLENA, *op. cit.*, 413, in cui l'Autore evidenzia il profilo di trasferimento operato attraverso la partecipazione procedimentale dei privati alle decisioni pubbliche. Nel caso in analisi, invece, il trasferimento degli oneri conseguenti alla gestione del rischio è ricostruita dallo scrivente, secondo un rapporto di potenziale "responsabilità".

71 La Convenzione Quadro è stata adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (sessione n. 133) il 17 maggio 2024, ed aperta alla firma dal 5 settembre. Ad oggi, risulta firmata (ma non ratificata) dall'Unione Europea e dagli Stati di Andorra, Georgia, Islanda, Norvegia, Moldavia, Montenegro, San Marino, Inghilterra, Israele e USA.

72 Articolo 13 - Safe innovation: «*With a view to fostering innovation while avoiding adverse impacts on human rights, democracy and the rule of law, each Party is called upon to enable, as appropriate, the establishment of controlled environments for developing, experimenting and testing artificial intelligence systems under the supervision of its competent authorities*».

in grado di rilevare tutti le potenziali disfunzionalità che l'uso dell'I.A. potrà determinare nel lungo periodo⁷³. Ne discende, pertanto, che la precauzionalità – preso atto della matrice evolutiva delle risposte dell'algoritmo, cui si riconnette la consapevolezza dell'impossibilità di avere un quadro rigidamente determinato dei costi dell'I.A. – implementa la sperimentazione in ambiente controllato quale vero e proprio elemento procedimentale da ponderare per addivenire alla decisione precauzionale più proporzionata, nei sensi innanzi chiariti.

Quanto innanzi consente di collocare puntualmente il principio precauzionale all'intero del procedimento per la gestione del rischio. Esso, infatti, si pone nel pieno della fase istruttoria del procedimento, in cui dovranno confluire tutte le opinioni dei tecnici del settore, tanto maggioritarie quanto minoritarie⁷⁴, in modo da consentire un dibattito aperto a tutte le "voci" del panorama scientifico.

Come acutamente rilevato in materia ambientale, ma ampiamente applicabile al contesto digitale oggetto della presente analisi, la tensione è verso la strutturazione di procedimenti che «garantiscano l'attendibilità dei dati, giudizi e previsioni e che evitino il rischio di un abuso strumentale di proposizioni pseudoscientifiche» e che al contempo «consentano di rendere evidenti le componenti descrittive ed assiologiche della decisione finale, giustificando le scelte, avvalorando i dati e i modelli da considerare attendibili, aggiornando le nozioni obsolete»⁷⁵.

Il sistema così tracciato, dunque, restituisce un ruolo propulsivo e non più restrittivo dell'approccio precauzionale nella nuova prospettiva della "innovazione sicura".

Permane tuttavia il tema, non di secondo piano, di come applicare tale principio all'interno della macchina amministrativa. Procedere all'inserimento di una *sandbox* direttamente all'intero del procedimento amministrativo stride fortemente con i principi di non aggravamento e buon andamento, andando ad allungare i tempi di gestione dell'azione amministrativa.

Una possibile soluzione che armonizzi la necessaria sperimentazione con gli attuali principi che governano la funzione pubblica, potrebbe essere quella di attivare una *sandbox* parallela al procedimento in svolgimento, la cui conclusione in ogni caso non costituirà elemento confluyente nella decisione finale. Ciò permetterebbe, non soltanto una sperimentazione sicura che non inciderebbe sui tempi e sulla decisione a conclusione del procedimento, ma

73 Tale considerazione sembra quasi condurre all'equiparazione tra le *sandboxes* e la sperimentazione in laboratorio in materia scientifica, con la sola differenza dell'imponderabilità dell'I.A. e della piena consapevolezza della matrice evolutiva dei risultati dell'algoritmo.

74 L. BUFFONI, A. CARDONE, *op. cit.*, 9.

75 M.C. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO, *Ambiente e diritto*, I, Firenze, 1999, 91 – 93.

consentirebbe *inter alia* un confronto diretto tra l'esito umano e quello automatizzato, semplificando la verifica del raggiungimento della soglia del "danno accettabile"⁷⁶.

5. Conclusioni. Sul quadro normativo europeo emergente.

Dal quadro innanzi tracciato, emerge la necessità di rimeditare il principio di precauzione applicato alla I.A., sganciandolo dalla tradizionale impostazione "protettiva" e propugnando, ora più che mai, un approccio "pro-attivo" che, pur ammettendo la possibilità di "danni", renda questi "accettabili" rispetto all'esigenza ineludibile di garantire lo sviluppo della tecnologia. Sviluppo che, da un lato permetterà in modo sempre più permeante di individuare i rischi insiti nell'uso della I.A. e contemporaneamente dall'altro, garantirà la creazione di sistemi sempre più efficienti di minimizzazione dei danni e gestione dei rischi.

D'altronde un tale atteggiamento non è un *quid novi* nell'evoluzione tecnologica. Si pensi, per esempio, all'avvento dell'automobile: all'aumentare dell'interazione tra macchina (*rectius* automobile) e uomo (*rectius* pedone), sono insorti i primi incidenti. Ciò, però, non ha condotto alla demonizzazione dell'innovazione, ma ha portato allo sviluppo dei marciapiedi, all'implementazione di sistemi di gestione delle intersezioni pedonali, all'introduzione di "regole" di guida, nonché alla stessa evoluzione dei sistemi tecnologici di salvaguardia della vita umana. Ciò, com'è evidente, non ha eliminato radicalmente gli incidenti ma, di sicuro, ha permesso di raggiungere una soglia di accettabilità complessiva dei danni arrecati dall'innovazione, rispetto ai benefici portati dalla stessa.

Allo stesso modo dovrà procedersi con l'I.A., specialmente quella utilizzata dalla pubblica amministrazione. D'altronde un tale quadro sta emergendo anche a livello europeo.

La Convenzione quadro, infatti, pur dettando regole convenzionali generali, lascia ogni singolo Stato firmatario di disciplinare come meglio ritiene il fenomeno algoritmico.

Sotto tale profilo, dunque, non può non citarsi il *A.I. Act*, con cui il 13 giugno 2024, l'Unione Europea ha disciplinato – in modo pionieristico – il fenomeno della Intelligenza Artificiale.

In tale Regolamento, destinato ad esplicare effetto diretto su tutto il territorio comunitario, il principio di precauzione, pur non citato, pervade l'intera disciplina. Il cuore della disciplina

⁷⁶ Il duplice rischio di una tale applicazione potrebbe consistere da un lato in potenziali contestazioni da parte del privato che potrebbe sollevare un potenziale contrasto tra la decisione umana (avente rilevanza giuridica) e quella automatizzata (avente rilevanza soltanto sperimentale) per sostenere l'invalidità della decisione a lui non conveniente, e dall'altro che il decisore pubblico perda la "serenità" di decisione facendosi influenzare dall'esito algoritmico. Ciò potrebbe far confluire gli esiti del procedimento-ombra (quello condotto nella *sandbox*), direttamente nell'azione amministrativa, facendo perdere la portata "laboratoriale" delle *sandboxes*.

europea, infatti, incentra la propria tutela sulla garanzia dei diritti fondamentali e della democrazia nello sviluppo dell'innovazione algoritmica⁷⁷.

Sotto tale profilo, tuttavia, occorre evidenziare come – a differenza di quanto emerso nella presente trattazione – il Regolamento Europeo, al momento, propenda per un approccio mediano, a metà strada tra quello “sostanziale/forte” e quello “formale/debole”.

L'impostazione del testo europeo, infatti, in ogni caso individua una serie di utilizzi “proibiti” della I.A.⁷⁸, poi riducendo progressivamente il livello di tutela fino quasi alla liberalizzazione dell'attività. Tale impostazione, rappresenta sicuramente un approccio più vicino al concetto tradizionale di precauzione – per come peraltro presente nei Trattati unionali – ma, ad avviso dello scrivente, meno proteso verso il nuovo concetto di “innovazione sicura”, nel senso sopra meglio chiarito.

Ad ogni modo, non deve neppure intendersi che l'approccio precauzionale “tradizionale” possa considerarsi “anti-innovativo”. Esso, in fin dei conti, riflette sempre – anche nelle sue forme più conservative – un atteggiamento di coraggio e non di paura rispetto al rischio⁷⁹, diretto in ogni caso non a rallentare l'innovazione, ma ad individuare “sistemi dinamici di gestione del rischio” che, inserendosi all'interno della fase procedimentale, consentano *in fieri* di regolare e modulare un fenomeno che, per sua stessa natura intrinseca, oramai fatica a controllare sé stesso⁸⁰.

77 G. ZACCARONI, *Intelligenza artificiale e principio democratico*, in *Quaderni AISDUE*, fasc. 2/2024, 24. Che cita espressamente i seguenti “considerando” del Regolamento:

considerando 1: «Lo scopo del presente regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione [...] garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (“Carta”), compresi la democrazia, lo Stato di diritto [...]».

Considerando 2: «Il presente regolamento dovrebbe essere applicato conformemente ai valori dell'Unione sanciti dalla Carta agevolando la protezione delle persone fisiche, delle imprese, della democrazia e dello Stato di diritto [...]».

Considerando 8: «Si rende pertanto necessario un quadro giuridico dell'Unione che istituisca regole armonizzate in materia di IA per promuovere lo sviluppo, l'uso e l'adozione dell'IA nel mercato interno, garantendo [...] la sicurezza e la protezione dei diritti fondamentali, compresi la democrazia, lo Stato di diritto [...]».

78 Considerando 28: «L'IA presenta, accanto a molti utilizzi benefici, la possibilità di essere utilizzata impropriamente e di fornire strumenti nuovi e potenti per pratiche di manipolazione, sfruttamento e controllo sociale. Tali pratiche sono particolarmente dannose e abusive e dovrebbero essere vietate poiché sono contrarie ai valori dell'Unione relativi al rispetto della dignità umana, alla libertà, all'uguaglianza, alla democrazia e allo Stato di diritto e ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compresi il diritto alla non discriminazione, alla protezione dei dati e alla vita privata e i diritti dei minori».

79 P. ZUDDAS, *op. cit.*, 425; N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996.

80 P. ZUDDAS, *op. ult. cit.*, 425; D. AMIRANTE, *op. ult. cit.*, 20.



QUALE SPAZIO PER LA TUTELA DEL BENESSERE DEI CROSTACEI DESTINATI AL CONSUMO NELLA LEGISLAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA

Silvia Zanini*

Abstract

Secondo la legislazione europea, i crostacei sono considerati prodotti della pesca vivi e, pertanto, «alimenti». Ad oggi, non esiste alcuna normativa europea che garantisca il benessere di questi animali, tradizionalmente ritenuti incapaci di provare sofferenza in quanto invertebrati, portando a tollerare pratiche che sollevano importanti implicazioni etiche e scientifiche. Recenti studi, tuttavia, hanno dimostrato che i crostacei decapodi sono capaci di soffrire e possiedono capacità cognitive relativamente complesse. Questa analisi affronta la legislazione europea vigente, valutando le politiche protettive già presenti in alcuni Paesi europei, la crescente sensibilità collettiva verso il benessere (anche) di questi animali e le recenti scoperte scientifiche in merito. L'articolo riflette sull'opportunità per l'Unione Europea di rivedere la normativa sul benessere animale includendo i crostacei come esseri senzienti.

According to the European legislation, crustaceans are living fishery products. They are therefore animals that are already considered foodstuffs by law and to which the food hygiene rules apply. There is currently no section in the European legislation guaranteeing the welfare of these animals, that have always been considered as «not capable of suffering», as they are invertebrates. Against this consideration, recent scientific studies have shown that decapod crustaceans are capable of suffering and have a relatively complex cognitive capacity. The present essay analyses the existing European legislation on the matter in view of the protection policies already present in some European countries, of the growing collective sensitivity towards animal welfare and, above all, of the recent scientific discoveries on this topic, reflecting on the opportunity for the European Union to review its legislation on animal welfare and include crustaceans as sentient beings.

Keywords: animal welfare - crustaceans - decapods - European legislation - sentience

SOMMARIO: 1. Motivazioni e contesto: un inquadramento introduttivo. - 2. La senzienza dei crostacei come evidenza scientifica emergente. - 3. Le (legittimate) criticità della filiera dei crostacei in termini di benessere animale. - 4. I crostacei nella legislazione europea: alimenti prima che animali. - 5. Uno sguardo comparato alle iniziative protezionistiche statali. - 6. Considerazioni e auspici conclusivi.



1. Motivazioni e contesto: un inquadramento introduttivo

Il riconoscimento giuridico della senzienza degli animali - intesa come la loro capacità di provare esperienze soggettive quali dolore, piacere e paura - e l'affermazione del concetto di «benessere animale»¹ rappresentano un traguardo fondamentale nell'evoluzione dell'Animal Welfare² e del diritto dell'Unione Europea in generale. Se già il Trattato di Maastricht (1992) aveva introdotto il concetto di benessere animale, invitando le istituzioni dell'Ue e gli Stati membri a tenerne conto nella legislazione in ambiti come ricerca, trasporti, agricoltura e mercato interno, il Trattato di Amsterdam (1997), attraverso l'allegato Protocollo n. 33 sulla protezione e il benessere degli animali³, ha riconosciuto formalmente gli animali come esseri senzienti, imponendo agli Stati membri di considerare le loro esigenze di benessere nell'attuazione delle politiche comunitarie in settori chiave.

1 * *Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Trieste, Dipartimento di Scienze politiche e sociali.*

Il concetto di benessere animale ha avuto origine nel 1965 con il Rapporto Brambell, che ha introdotto il noto modello delle Cinque Libertà (*Five Freedoms*), formalizzato in un comunicato stampa del 1979 da parte del Farm Animal Welfare Council del Regno Unito e successivamente adottato in numerosi contesti normativi e scientifici. Queste libertà, che richiamano cinque aspetti fondamentali e primari per il benessere animale, sono: libertà dalla fame e dalla sete, libertà dal disagio ambientale, libertà dal dolore, dalle ferite e dalle malattie, libertà di esprimere comportamenti naturali e libertà dalla paura e dal disagio psicologico. Questo modello, che ha costituito un punto di riferimento fondamentale per la valutazione e la definizione delle condizioni minime accettabili di benessere animale, negli ultimi anni, è stato ampliato e in parte superato dal più avanzato concetto dei Cinque Domini. Questo approccio olistico integra aspetti relativi non solo alla salute fisica, ma anche al benessere mentale degli animali. I cd. Cinque Domini prevedono la valutazione del benessere attraverso tre aspetti legati alla sopravvivenza (nutrizione, ambiente fisico e salute), uno legato al contesto sociale e comportamentale (interazioni comportamentali) e un quinto dominio, che sintetizza gli altri quattro, denominato stato mentale. Questo modello offre una prospettiva più completa, considerando l'interazione tra fattori fisici ed emotivi, e si sta affermando come standard scientifico nella valutazione del benessere animale. Nonostante l'evoluzione verso i Cinque Domini, le Cinque Libertà di Brambell continuano a costituire la base normativa di riferimento per la maggior parte delle legislazioni, *in primis* quelle dell'Unione Europea.

2 Nell'ambito dell'Unione Europea, l'Animal Welfare si riferisce all'insieme di normative, principi e pratiche volte a garantire agli animali condizioni di vita che rispettino le loro esigenze biologiche, comportamentali e di salute, riducendo al minimo le sofferenze inutili in tutte le fasi della loro gestione, inclusi l'allevamento, il trasporto e la macellazione.

3 «Le alte parti contraenti, desiderando garantire maggiore protezione e rispetto del benessere degli animali, in quanto esseri senzienti, hanno convenuto la seguente disposizione, che è allegata al trattato che istituisce la Comunità europea: Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche comunitarie nei settori dell'agricoltura, dei trasporti, del mercato interno e della ricerca, la Comunità e gli Stati Membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati Membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale.» - Protocollo (n. 33) sulla protezione ed il benessere degli animali annesso al Trattato istitutivo della Comunità Europea (1997).

Sebbene il protocollo non avesse forza vincolante autonoma, fungeva da indirizzo generale che richiedeva agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione di integrare il benessere animale nelle loro politiche. Questo documento rappresentò un passo fondamentale verso l'integrazione del benessere animale nelle politiche europee, gettando le basi della moderna legislazione europea sul benessere animale.



Questa evoluzione ha raggiunto il suo punto culminante col Trattato di Lisbona (2009), che ha incorporato il Protocollo 33 nell'art. 13 TFUE⁴, considerato la base giuridica fondante per l'integrazione del benessere animale nelle politiche europee⁵. Questa disposizione vincola gli Stati membri a rispettare il benessere degli animali, in quanto esseri senzienti, come esigenza trasversale nelle politiche europee, pur tenendo conto degli aspetti culturali, religiosi e tradizionali rilevanti. Su questa base si è sviluppata la moderna legislazione europea sul benessere animale, che comprende standard minimi di tutela per l'allevamento, il trasporto e la macellazione, insieme a normative specifiche per determinate specie animali (es. suini, galline ovaiole) e ambiti (come la sperimentazione animale)⁶. Tale impianto normativo si fonda sul principio secondo cui, sintetizzando all'estremo, l'utilizzo degli animali da parte dell'uomo è consentito, ma è necessario evitare loro sofferenze inutili.

Il progressivo emergere del benessere animale, anche come questione etica legata alla responsabilità umana verso gli esseri senzienti, lo ha reso nel tempo un elemento cruciale anche in termini di tutela del consumatore, con una sempre più ampia fetta di cittadini europei che considera prioritario conoscere le condizioni di vita degli animali lungo tutta la filiera produttiva. Un'indagine della Commissione Europea (Eurobarometro 2016)⁷ ha evidenziato

4 Articolo 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE): Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri relative, in particolare, ai riti religiosi, alle tradizioni culturali e al patrimonio regionale.

5 Non si affronta volutamente, poiché esula dall'ambito del presente articolo, la legislazione europea relativa alla protezione della fauna selvatica. In questo contesto, infatti, non si parla strettamente di benessere animale, ma piuttosto del ruolo che l'animale, considerato come popolazione o specie, riveste a livello ecosistemico e/o in termini di biodiversità. Tra i principali riferimenti normativi in materia si annoverano: la Direttiva Habitat (92/43/CEE), relativa alla conservazione degli habitat naturali e semi-naturali e della flora e fauna selvatiche, e la Direttiva Uccelli (79/409/CEE), concernente la protezione degli uccelli selvatici.

6 Tra i principali atti normativi europei: Regolamento (CE) 1/2005 sulla protezione degli animali durante il trasporto e le operazioni correlate; Direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici; Regolamento (CE) 1099/2009 sulla protezione degli animali durante l'abbattimento; Regolamento (CE) 1523/2007 che vieta l'introduzione, l'importazione e l'esportazione di pellicce di cane e di gatto e di prodotti che le contengono; Direttiva 98/58/CE sulla protezione degli animali negli allevamenti; Regolamento (CE) n. 1223/2009 relativo ai prodotti cosmetici (include il divieto di test sugli animali per prodotti e ingredienti cosmetici); Regolamento (CE) 338/97 relativo alla protezione di specie della fauna e della flora selvatiche mediante il controllo del loro commercio (CITES nell'UE); A ciò si aggiungono Direttive specie-specifiche per la protezione di suini, vitelli, galline ovaiole e polli da carne.

7 I dati dell'Eurobarometro del 2016 mostrano che quasi la totalità dei cittadini europei (il 94%) considerano importante il benessere degli animali da allevamento. L'82% ritiene che questi animali dovrebbero essere meglio tutelati rispetto a quanto avviene attualmente, e il 64% vorrebbe avere maggiori informazioni sul loro trattamento nel proprio Paese. Circa la metà dei cittadini presta attenzione alle etichette per identificare i prodotti conformi a norme più rigorose di benessere animale, mentre il 59% si dichiara disposto a pagare di più per prodotti rispettosi

come oltre il 90% degli intervistati desidera ottenere informazioni dettagliate sul benessere animale attraverso sistemi di etichettatura obbligatoria chiari e trasparenti (ad oggi inesistenti⁸), dimostrando la crescente rilevanza del tema anche rispetto alle scelte di consumo.

Recentemente, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), affrontando il delicato tema della macellazione rituale (ovvero, senza previo stordimento), ha riconosciuto per la prima volta il benessere animale come elemento integrante della moralità pubblica. In tale occasione, la Corte ha bilanciato questo principio con la tutela della libertà religiosa, sottolineando l'importanza del benessere animale come valore collettivo che contribuisce alla definizione di standard etici condivisi nella società (CEDU, 13 febbraio 2024, ric. 16670/22+10)⁹.

In linea con questa evoluzione, si evidenzia che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza del 17 dicembre 2020 (causa C-336/19), ha fatto riferimento al benessere animale in termini di principio generale del diritto dell'Unione Europea, rafforzando l'obbligo di bilanciamento nelle esigenze connesse alla sua tutela con altri diritti fondamentali¹⁰.

E ancora, a livello nazionale, un numero crescente di Paesi europei - Italia, Germania, Lussemburgo, Slovenia e Austria - sta inserendo riferimenti espliciti alla tutela degli animali nelle proprie Carte fondamentali¹¹. Il Belgio, ultimo in ordine di tempo (2024), ha adottato una formulazione particolarmente incisiva che richiama direttamente l'art. 13 TFUE, riconoscendo gli animali come esseri senzienti e imponendo l'obbligo di garantirne protezione e benessere (art. 7 *bis* della Costituzione belga)¹².

del benessere degli animali. EU DG HEALTH AND FOOD SAFETY, *Special Eurobarometer 442 Attitudes of Europeans towards Animal Welfare*, (Commissione Europea, 2016).

8 Attualmente, il benessere animale compare sulle etichette alimentari esclusivamente come *claim*, ovvero tramite etichetta volontaria. Questo sistema ha portato alla proliferazione di numerose etichette volontarie in tutta Europa, tutte accomunate dal riferimento generico al benessere animale, ma basate su criteri differenti, spesso non comunicati in modo chiaro ai consumatori. Questa mancanza di uniformità genera confusione e, in alcuni casi, può risultare fuorviante, evidenziando la necessità di un quadro regolatorio che garantisca trasparenza e informazioni accessibili per i consumatori tramite l'introduzione di una etichetta europea obbligatoria. Per approfondimenti si rimanda al Report della Commissione Europea *Study on Animal Welfare Labelling*, 2022.

9 La CEDU ha riconosciuto che il divieto di macellazione senza stordimento costituisce un'ingerenza nella libertà di religione, ma ha ritenuto che essa sia giustificata e proporzionata per il perseguimento di un obiettivo legittimo: la protezione del benessere animale. Per approfondire, L. PALADINI, *Il benessere animale quale restrizione alla libertà di religione tra diritto dell'UE e CEDU*, in *DPCE online*, 1/2024, pp. 707 ss.

10 «Quando sono in gioco diversi diritti fondamentali e principi sanciti dai Trattati, come, in questo caso, il diritto garantito dall'articolo 10 della Carta e il benessere degli animali sancito dall'articolo 13 TFUE, la valutazione del rispetto del principio di proporzionalità deve essere effettuata tenendo conto della necessaria conciliazione delle esigenze connesse alla tutela dei vari diritti e del giusto equilibrio tra essi» (punto 65 della decisione).

11 Tali evidenze sul piano costituzionale sono spesso accompagnate da riforme codicistiche che, rompendo con la tradizione romanistica che considera gli animali come mere cose, li riconoscono espressamente come «*non res*».

12 «Nell'esercizio delle rispettive competenze, lo Stato federale, le Comunità e le Regioni assicurano la protezione e il benessere degli animali in quanto esseri senzienti» (art. 7 *bis* Costituzione belga).



Parallelamente a tale escalation normativa e culturale¹³, il progresso scientifico e tecnologico continua a ridefinire le basi conoscitive su cui si fonda la regolamentazione del benessere animale: gli sviluppi nella ricerca, infatti, non solo permettono di comprendere sempre meglio i meccanismi di funzionamento degli animali e le loro specifiche esigenze etologiche, ma confermano anche che un numero sempre crescente di specie deve essere considerato senziente.

Alla luce di tali evidenze, la Commissione Europea ha avviato un ambizioso programma di revisione normativa, ancora in atto, finalizzato ad armonizzare e aggiornare la legislazione in materia, concentrandosi su aree chiave come l'allevamento, il trasporto, la macellazione e il trattamento degli animali durante le pratiche commerciali, in risposta alle richieste della società civile¹⁴ e alle nuove acquisizioni scientifiche¹⁵.

In questo contesto, il settore ittico emerge come un ambito particolarmente critico, in quanto storicamente trascurato dalla normativa europea in materia di benessere animale¹⁶. Tuttavia, il suo ruolo non può continuare ad essere ritenuto marginale, trattandosi di un settore fondamentale per l'economia europea, che coinvolge milioni di animali acquatici quotidianamente allevati, catturati, trasportati e macellati, con rilevanti implicazioni (anche) giuridiche legate alla tutela del benessere animale lungo l'intera filiera produttiva.

Alcuni dati possono offrire una chiara idea della dimensione della questione.

13 Per uno sguardo globale rispetto al fenomeno della emersione di questa nuova branca del diritto e della ricerca giuridica, si rimanda a A. PETERS, *Global Animal Law: What It Is and Why We Need It*, in *Transnational Environmental Law*, Cambridge University Press, 2016.

14 Sul coinvolgimento della società su questi temi, un esempio particolarmente significativo è rappresentato dall'iniziativa *End the Cage Age*, una campagna di sensibilizzazione e mobilitazione volta a vietare l'uso delle gabbie per diverse categorie di animali da allevamento. Questa iniziativa, promossa nel quadro dell'European Citizens' Initiative (ECI), ha riscosso un successo enorme, raccogliendo il sostegno di oltre 1,4 milioni di firme certificate da parte di cittadini di tutti i Paesi membri. La portata di tale riscontro, che dimostra chiaramente la crescente sensibilità sociale verso le condizioni di vita degli animali da allevamento e l'urgenza di un cambiamento strutturale nelle pratiche zootecniche, ha spinto la Commissione Europea a prendere in considerazione una proposta legislativa finalizzata al graduale abbandono delle gabbie negli allevamenti, segnando un punto di svolta senza precedenti nel campo del benessere animale.

15 La revisione era stata annunciata per la fine del 2023, ma fattori politici ed economici ne hanno parzialmente interrotto il percorso. A dicembre 2023, la Commissione Europea ha presentato un pacchetto di proposte di riforma articolato in tre filoni principali: condizioni di trasporto degli animali, condizioni di custodia degli animali domestici e produzione di pellicce. Tale piano ridimensiona drasticamente le intenzioni iniziali, lasciando fuori molteplici ulteriori questioni urgenti. Si ritiene però, come si dirà, che ciò rappresenti un rallentamento del processo, piuttosto che una interruzione.

16 *Ex multis*, E. LARA-N. BOYLAND, *Bienestar en peces: la perspectiva de defensa de los animales*, in *DA. Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, n. 4, 2019, pp. 77-84; L. TORT, *Bienestar animal en peces. La controversia alrededor de las de los peces como seres sentientes. Aportaciones de la biología*, in *DA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, Vol. 10, n. 4, 2019, pp. 60-66.

Secondo le rilevazioni più recenti dell'Osservatorio Europeo del Mercato dei Prodotti della Pesca e dell'Acquacoltura (EUMOFA)¹⁷, nel 2020 la spesa delle famiglie europee in prodotti della pesca e dell'acquacoltura ha raggiunto i 59,7 miliardi di euro, registrando una significativa crescita rispetto all'anno precedente. I flussi commerciali dell'UE relativi a tali prodotti - comprendenti sia le importazioni che le esportazioni - si sono confermati i più alti al mondo, con un volume complessivo di 8,72 milioni di tonnellate e un valore di 31,17 miliardi di euro, dimostrando come il settore rappresenti una componente cruciale dell'economia europea, pur rimanendo fortemente dipendente dalle importazioni. La produzione acquicola nell'UE - che si concentra prevalentemente sull'allevamento di crostacei e molluschi (oltre il 45%), seguita da frutti di mare (più del 30%) e pesci d'acqua dolce (oltre il 20%) - copre infatti solo il 20% dell'offerta complessiva di pesce e molluschi. In particolare, il tasso di autosufficienza per i crostacei è particolarmente basso, intorno al 20%, e scende all'11% per i gamberi, che costituiscono il crostaceo più consumato, rappresentando oltre il 90% del volume e del valore delle importazioni totali di crostacei nell'UE. Nel 2020, le importazioni di crostacei hanno raggiunto 598.310 tonnellate per un valore di 4,03 miliardi di euro (nonostante la flessione dovuta alla pandemia di COVID-19 e alle restrizioni imposte al settore della ristorazione)¹⁸.

Negli ultimi anni, la crescente sensibilità pubblica verso il benessere animale ha posto l'accento anche sul trattamento degli animali acquatici, generando una maggiore consapevolezza critica circa le loro necessità etologiche, accompagnata da una crescente richiesta di corrispondenti tutele¹⁹, muovendo da un sentimento di empatia verso organismi che, a lungo ignorati, sono oggi sempre più spesso riconosciuti come capaci di percepire dolore e stress (v. par. 2)²⁰.

In tale quadro si inserisce il dibattito sul trattamento dei crostacei - caso emblematico di tensione tra progresso scientifico e lacune normative nel settore dell'*Animal Welfare*²¹ - che verte sul perpetrarsi di pratiche che sollevano gravi interrogativi etici e giuridici, facendo seguito ad una concezione storicamente radicata che per secoli ha classificato gli invertebrati come specie

17 EUROPEAN COMMISSION, *Overview of EU aquaculture (fish farming)*.

18 Nel 2019, le importazioni dell'UE si sono attestate a 632.875 tonnellate, per un valore di 4,740 miliardi di euro.

19 Tra i più recenti sondaggi, quello condotto da YouGov in cinque Paesi dell'UE - Francia, Germania, Grecia, Italia e Spagna - ha indagato l'interesse dei cittadini verso le condizioni dei pesci allevati, in particolare trote, orate e spigole, facendo emergere, oltre ad una crescente sensibilità sul tema, una chiara richiesta di un maggiore impegno per migliorare le condizioni di questi animali all'interno degli allevamenti. *YouGov Report on Fish Welfare*

20 Per approfondire il tema relative alla carenza di tutela rispetto ai pesci, K. LEVENDA, *Legislation to Protect the Welfare of Fish*, in *Animal Law*, Vol. 20 (2013), 119.

21 Per approfondire, S. ZANINI, *Il diritto e la coscienza animale. l'evoluzione normativa di fronte al progresso tecnico-scientifico*, in *DALPS. Derecho Animal (Animal Legal and Policy Studies)*, 2/2024, pp. 194-224.

“inferiori”²² non in grado di soffrire²³, con ricadute significative sul piano della loro considerazione sociale e giuridico-normativa²⁴.

Il presente contributo si propone di ricostruire ed analizzare questa complessa situazione, evidenziando la necessità che, nell'ambito del processo di revisione normativa attualmente in corso, l'Unione Europea includa anche il benessere di questi animali (così come degli acquatici in generale) tra le sue priorità.

2. La senzienza dei crostacei come evidenza scientifica emergente

La senzienza può essere definita come la capacità di un essere vivente di percepire e sperimentare stati affettivi ed esperienze soggettive consapevoli, come dolore, piacere, paura o benessere, in risposta a stimoli interni o esterni. Detta capacità non si limita a semplici reazioni a tali stimoli, ma implica anche un'elaborazione consapevole delle sensazioni da essi generate, distinguendosi dai semplici riflessi automatici o involontari.

Il riconoscimento della senzienza in capo ad una specie animale, come si è detto, è fondamentale poiché rappresenta la base etica e giuridica per il trattamento degli animali, nonché un elemento chiave per l'elaborazione di politiche mirate alla loro protezione²⁵.

Negli ultimi decenni, i progressi scientifici hanno totalmente scardinato l'idea che la senzienza sia una prerogativa esclusivamente umana, ampliando gradualmente il riconoscimento della capacità di provare emozioni e stati affettivi anche ad altre specie animali, come mammiferi e uccelli, fino ad arrivare, più recentemente, a molluschi cefalopodi (come polpi e calamari) e crostacei decapodi²⁶.

Un momento determinante in questo percorso è stato rappresentato dalla Dichiarazione di Cambridge sulla Coscienza del 2012, firmata da un gruppo internazionale di scienziati, nella

22 Basti pensare che, sebbene gli invertebrati costituiscano quasi il 97% dell'intero regno animale, il termine *invertebrato* è stato coniato solo tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo dal naturalista francese Jean Baptiste de Lamarck. Fino ad allora, la scienza stessa considerava questi animali indegni di studio e ricerca.

23 La rilevazione di uno stimolo nocivo da parte di questi animali è stata a lungo associata a un meccanismo noto come *nocicezione*. In effetti, le terminazioni nervose chiamate nocicettori, quando attivate, innescano una reazione riflessa che porta l'animale a ritirare il corpo o una sua parte per evitare ulteriori stimoli dannosi, senza però sperimentare un'esperienza emotiva consapevole del dolore. Da qui deriva la convinzione che alcuni animali non possano provare dolore, poiché non vi sono prove scientifiche che la risposta riflessa sia accompagnata da dolore, disagio o sofferenza.

24 Per una riflessione sul diverso trattamento dei vertebrati e degli invertebrati nell'ambito della ricerca scientifica in laboratorio, si veda P.L.R. ANDREWS, *Laboratory Invertebrates: Only Spineless, or Spineless and Painless?*, in *ILAR Journal*, 52/2 (2011), pp. 121-125.

25 Per approfondire, D. BROOM, *Sentience and Animal Welfare*, CABI Publishing, 2014.

26 Si precisa che, d'ora in avanti, si farà riferimento ai crostacei decapodi anche nelle parti in cui viene utilizzato il termine più generico di "crostacei". I decapodi sono un ordine di crostacei caratterizzati dalla presenza di dieci zampe, che include granchi, scampi, aragoste, gamberi e gamberoni. Questo gruppo comprende quasi tutti i crostacei allevati e pescati a scopo alimentare (escludendo, ad esempio, le canocchie).

quale si è affermato all'unanimità che gli esseri umani non sono gli unici esseri «coscienti»²⁷, ovvero capaci di manifestare comportamenti intenzionali e stati affettivi. Si sottolinea infatti che «gli animali non umani, inclusi tutti i mammiferi e gli uccelli, e molte altre creature come i polpi, possiedono substrati neurologici sufficientemente complessi da supportare esperienze coscienti»²⁸.

Questa prospettiva è stata ulteriormente ribadita dalla recente Dichiarazione di New York sulla coscienza degli animali, firmata il 19 aprile 2023 da 39 scienziati di fama mondiale, che ha ribadito l'esistenza di «una possibilità reale» di esperienza cosciente non solo in tutti i vertebrati (inclusi rettili, anfibi e pesci), ma anche in molti invertebrati (inclusi, come minimo, molluschi cefalopodi, crostacei decapodi e insetti).

Come emerge da questi stessi documenti, il processo di riconoscimento della senzienza ha seguito inizialmente una traiettoria piuttosto lineare per quanto riguarda i mammiferi, grazie alla somiglianza delle loro organizzazioni e funzioni cerebrali con quelle umane. In particolare, la presenza della neocorteccia è sempre stata l'elemento determinante per il consenso scientifico sulla capacità dei mammiferi di provare emozioni e dolore. Lo stesso approccio, basato sull'analogia dei meccanismi e delle strutture neuronali con quelle umane, è stato applicato, seppur con qualche difficoltà aggiuntiva, agli uccelli. Gli studi hanno dimostrato che questi animali possiedono modelli di connettività cerebrale simili a quelli dei mammiferi, con una struttura talmente simile alla neocorteccia²⁹ da legittimare un consenso generalizzato sul loro status di esseri senzienti. Tuttavia, l'applicazione di tali medesimi parametri risulta problematica quando si passa a vertebrati più "distanti" dall'uomo, come i pesci, la cui

27 Sebbene questa dichiarazione sia formulata in termini di «coscienza» anziché di «senzienza», le due nozioni sono strettamente correlate. Il termine *senzienza* è relativamente recente e, al momento della sua introduzione, si è preferito spesso ricorrere a termini più comuni e di più immediata comprensione. Questo è evidente considerando che l'espressione inglese *sentient beings* (che compare nel citato art. 13 del TFUE) è stata tradotta nella maggior parte delle versioni linguistiche degli Stati membri dell'UE come "esseri sensibili". Tuttavia, tale scelta linguistica non altera il significato sottostante, che rimanda al medesimo concetto: la capacità di un essere vivente di sentire, percepire, sperimentare stati emotivi e vivere esperienze soggettive consapevoli.

28 In particolare, si afferma quanto segue: «L'assenza di una neocorteccia non sembra impedire a un organismo di sperimentare stati affettivi. Ci sono sempre più prove che indicano che gli animali non umani possiedono i substrati neuroanatomici, neurochimici e neurofisiologici degli stati di coscienza, insieme alla capacità di mostrare un comportamento intenzionale. Di conseguenza, il peso delle prove indica che gli esseri umani non sono gli unici a possedere i substrati che generano la coscienza. Gli animali non umani, inclusi tutti i mammiferi e gli uccelli, e molte altre creature, tra cui i polpi, possiedono anch'essi questi substrati neurologici» (traduzione dell'autrice).

29 La neocorteccia, infatti, è presente esclusivamente nei mammiferi ed è responsabile dell'elaborazione dei processi cognitivi di livello superiore. Tuttavia, nel corso degli anni, studi rilevanti basati sull'analisi di marcatori molecolari hanno identificato negli uccelli una regione perfettamente omologa alla neocorteccia, pur avendo una struttura completamente diversa, denominata *pallio*. Si veda: J. DUGAS-FORD, J.J. ROWELL, C.W. RAGSDALE, *Cell-type homologues and the origins of the neocortex*, Proc Natl Acad Sci USA, 109(42), (16 ottobre 2012), 16974-9. Per riferimenti più recenti: M. STACHO, C. HEROLD, N. ROOK, H. WAGNER, M. AXER, K. AMUNTS, O. GÜNTÜRKÜN, *A cortex-like canonical circuit in the avian forebrain*, in *Science* (2020) 369, 6511.

struttura cerebrale, profondamente diversa da quella umana e priva di regioni assimilabili alla neocorteccia, ha alimentato per anni un forte e diffuso scetticismo riguardo la loro senzienza³⁰ (che, in parte, persiste ancora oggi).

Nel caso degli invertebrati, la questione si complica ulteriormente, poiché la loro organizzazione cerebrale è ancora più distante da quella umana, rendendo impraticabile l'adozione di criteri analogici o di affinità strutturale ai fini della valutazione della loro senzienza³¹.

In questo contesto, per tale categoria di animali, risulta opportuno adottare un approccio diverso, fondato sulla premessa che esista una variazione interspecifica negli stati di coscienza. In altre parole, non esiste una scala unica per classificare le specie in termini di senzienza, ma ogni specie deve essere riconosciuta come portatrice di uno specifico e distintivo profilo di coscienza³². Per comprendere queste diverse dimensioni della coscienza, è necessario combinare l'osservazione degli aspetti comportamentali e cognitivi di questi animali con l'analisi delle loro risposte fisiologiche, identificando quelle che indicano dolore, angoscia o stress, integrando poi questi dati con le conoscenze disponibili sul sistema nervoso delle specie esaminate.

A tal proposito, assume particolare rilevanza il riferimento esplicito ai polpi nella citata Dichiarazione di Cambridge, poiché riconosce la coscienza di un animale appartenente alla categoria degli invertebrati.

Proprio su questa linea si è sviluppata l'analisi della senzienza dei crostacei (così come di altri invertebrati, come le api)³³.

Già nel 2005, l'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare (EFSA)³⁴, in un parere scientifico sulla biologia e il benessere degli animali da laboratorio, aveva espresso un giudizio positivo riguardo la senzienza della maggior parte dei crostacei decapodi, basandosi sul loro

30 Sulla capacità dei pesci di sentire dolore, *ex multis*, L.U. SNEDDON, *Evolution of nociception and pain: evidence from fish models*, 374, 1785, Phil. Trans. R. Soc. B. (2019); R.C. JONES, *Fish sentience and the precautionary principle*, in *Animal Sentience* 3/10 (2016); V. BRAITHWAITE, *Do fish feel pain?*, Oxford University Press, UK, 2010.

31 Per approfondimenti, K. HORVATH, D. ANGELETTI, G. NASCETTI, C. CARERE, *Invertebrate welfare: an overlooked issue*, Ann Ist Super Sanita. 2013, 49(1), pp. 9-17.

32 J. BIRCH, A.K. SCHNELL, N.S. CLAYTON, *Dimensions of animal consciousness*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 2020, 24(10), pp. 789- 801.

33 Per approfondimenti, E. GÜNTHER-R. RAYMOND, *Awareness and consciousness in humans and animals - neural and behavioral correlates in an evolutionary perspective*, in *Frontiers in Systems Neuroscience*, 16/2022.

34 EFSA AHAW PANEL (2005), *Aspects of the biology and welfare of animals used for experimental and other scientific purposes*, op. cit. Vedi par. 4.

comportamento complesso, sulla loro consapevolezza e sulla capacità di percepire dolore³⁵. Secondo questo parere, tali animali possiedono un sistema nocicettivo e una capacità di apprendimento avanzata, al punto che dovrebbero essere collocati in quella che il parere definisce «categoria 1»³⁶, corrispondente a quando «le evidenze scientifiche indicano chiaramente, direttamente o per analogia con animali degli stessi gruppi tassonomici, che gli animali appartenenti a questo gruppo sono in grado di provare dolore e stress»³⁷.

Proprio sulla base di queste evidenze, l'EFSA aveva raccomandato l'inclusione di questi invertebrati nella Direttiva sulla protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o scientifici³⁸.

Tuttavia, come si dirà, tale inclusione non è mai stata attuata.

35 Alcuni estratti del documento: «*There is evidence that cephalopods have adrenal and pain systems, a relatively complex brain similar to many vertebrates, significant cognitive ability including good learning ability and memory retention especially in octopuses, individual temperaments, elaborate signalling and communication systems, especially in cuttlefish and squid that can show rapid emotional colour changes, may live in social groups and have complex social relationships. Nautiloids have many characters similar to those of other cephalopods, they can track other individuals, live for a long time and are active pelagic animals. The largest of decapod crustaceans are complex in behaviour and appear to have some degree of awareness. They have a pain system and considerable learning ability. As a consequence of this evidence, it is concluded that cyclostomes, all Cephalopoda and decapod crustaceans fall into the same category of animals as those that are at present protected*».

36 Lo studio, per valutare se gli animali analizzati debbano o meno essere considerati «degni di protezione», identifica tre categorie:

«Categoria 1: "Le prove scientifiche indicano chiaramente, direttamente o per analogia con animali appartenenti agli stessi gruppi tassonomici, che gli animali di questi gruppi sono in grado di provare dolore e angoscia."

Categoria 2: "Le prove scientifiche indicano chiaramente, direttamente o per analogia con animali appartenenti agli stessi gruppi tassonomici, che gli animali di questi gruppi non sono in grado di provare dolore e angoscia."

Categoria 3: "Esistono alcune prove scientifiche che questi gruppi di animali siano in grado di provare dolore e angoscia, direttamente o per analogia con animali dello stesso gruppo tassonomico, ma tali prove non sono sufficienti per effettuare una valutazione ragionevole del rischio della loro sensibilità e includerli nelle categorie 1 o 2"».

Inoltre, viene specificato che qualsiasi categorizzazione degli animali dovrà essere aggiornata man mano che le conoscenze scientifiche si evolvono (p. 20). Riguardo ai crostacei, si afferma, nello specifico: «2.3.11. Crostacei decapodi (aragoste, granchi, gamberi, ecc.). Conclusioni: I crostacei decapodi di maggiori dimensioni mostrano un comportamento complesso e sembrano possedere un certo grado di consapevolezza. Dispongono di un sistema del dolore e di una considerevole capacità di apprendimento. Tuttavia, sono disponibili poche evidenze scientifiche per molte specie di decapodi, in particolare per quelle di piccole dimensioni. Tuttavia, nei sottogruppi dei decapodi, come i gamberi, le specie di grandi dimensioni che sono state studiate in dettaglio sembrano presentare un livello di complessità simile a quello riscontrato per i granchi e le aragoste. Raccomandazione: Tutti i decapodi dovrebbero essere inseriti nella Categoria 1 (v. Sez. 2.5) e, di conseguenza, ricevere protezione».

37 Si segnala che lo studio ha valutato esplicitamente molte delle pratiche descritte nel successivo paragrafo 3 (mutilazione, bollitura a vivo, annegamento in acqua dolce, raffreddamento) come idonee a causare dolore e sofferenza ai crostacei.

38 Che, all'epoca, era la Direttiva 86/609/CEE relativa alla protezione degli animali utilizzati per la sperimentazione e altri fini scientifici (successivamente abrogata dalla Direttiva 2010/63/UE, attualmente in vigore).

Negli anni successivi, tuttavia, sono emerse prove scientifiche sempre più convincenti sulla senienza dei crostacei decapodi³⁹, tra le quali spicca lo studio britannico del 2021 *Review of the Evidence of Sentience in Cephalopod Molluscs and Decapod Crustaceans*. Questo rapporto, commissionato dal governo britannico e condotto dalla *London School of Economics and Political Science* (LSE), rappresenta non solo un importante passo avanti dal punto di vista etico e morale, ma anche un punto di svolta a livello europeo per la protezione di questi animali.

L'obiettivo di questo studio era stabilire se i crostacei decapodi e i molluschi cefalopodi potessero essere considerati esseri senzienti. A tal fine, i ricercatori hanno analizzato oltre trecento rapporti scientifici pubblicati dal 2001 sul tema⁴⁰, valutando criticamente sia i risultati emersi sia le metodologie impiegate. Attraverso un approccio rigoroso basato su criteri standardizzati, il gruppo di ricerca ha identificato sei categorie di decapodi⁴¹, ciascuna esaminata per rilevarne la senienza o, quanto meno, il grado di probabilità della stessa⁴².

Il rapporto LSE è giunto così a conclusioni assolutamente incisive per l'avanzamento della protezione di questi animali: le evidenze scientifiche raccolte dimostrano che esistono solide prove rispetto alla senienza dei crostacei decapodi e alla loro capacità di provare dolore. Questi animali, infatti, possiedono un sistema nervoso complesso, caratteristica chiave degli esseri senzienti, che consente loro di sperimentare «sensazioni come dolore, piacere, fame, sete, calore, benessere e eccitazione».

39 Tra gli studi più recenti sul punto, si segnalano E. KASIOURAS-P.C. HUBBARD-A. GRÄNS-L.U. SWEDEN, *Putative Nociceptive Responses in a Decapod Crustacean: The Shore Crab (Carcinus maenas)*, in *Biology* 2024, 13(11), p. 851 ss.; B. MAGEE-R.W. ELWOOD, *Shock avoidance by discrimination learning in the shore crab (Carcinus maenas) is consistent with a key criterion for pain*, in *Journal of Experimental Biology*, 2013, 216 (3), pp. 353-358.

40 Per quanto si faccia intenzionalmente riferimento solo ai crostacei decapodi, va segnalato che lo studio ha incluso anche i cefalopodi, giungendo agli stessi risultati riguardo la loro senienza. Per maggiori dettagli, si rimanda direttamente al rapporto.

41 *Brachyura* (granchi di mare), *Anomura* (granchi anomuri, inclusi i paguri), *Astacidea* (aragoste e gamberi di fiume), *Achelata* (aragoste spinose), *Caridea* (gamberetti caridei) e *Penaeidae* - appartenenti al sottordine *Dendrobrachia*, che comprende i gamberi penaeidi.

42 In particolare, sono stati utilizzati otto criteri basati sia su prove neurobiologiche che su prove cognitive e comportamentali, partendo dal presupposto che nessun criterio, preso singolarmente, può fornire evidenze sufficienti per concludere che un animale è senziente, ma che, quanto più criteri soddisfa un animale, tanto più è probabile che lo sia. I primi quattro criteri, di natura neurobiologica, valutano la capacità del sistema nervoso di generare esperienze soggettive: 1. l'animale possiede nocicettori; 2. l'animale possiede regioni cerebrali integrative in grado di interpretare informazioni sensoriali di diversa natura; 3. l'animale possiede vie neuronali che connettono i nocicettori alle regioni cerebrali integrative; 4. la risposta comportamentale dell'animale a uno stimolo nocivo è collegata al sistema nervoso. I restanti quattro criteri si concentrano sul comportamento animale: 5. l'animale esegue processi flessibili di presa di decisioni; 6. l'animale mostra comportamenti di autoprotezione; 7. l'animale mostra apprendimento associativo nei confronti degli stimoli nocivi; 8. l'animale, quando ferito, mostra una preferenza per analgesici o anestetici. Infine, è stato stabilito un sistema di classificazione basato sul numero di criteri soddisfatti dall'animale con un livello di fiducia alto o molto alto, al fine di dimostrare la sua senienza.

Il rapporto si chiude con una raccomandazione lapidaria: tutti i molluschi cefalopodi e i crostacei decapodi dovrebbero essere considerati esseri senzienti (anche) nell'ambito della legislazione sul benessere animale⁴³ (con riferimento, nel caso specifico, al contesto normativo del Regno Unito).

3. Le (legittimate) criticità della filiera dei crostacei in termini di benessere animale

L'Unione Europea si distingue a livello globale per offrire la regolamentazione sul benessere animale particolarmente avanzata, che può essere schematizzata come segue:

- *Allevamento*. La regolamentazione UE adotta un approccio integrato a due livelli, combinando standard minimi di protezione validi per tutte le specie, con normative specifiche per le specie maggiormente coinvolte nella produzione industriale. Nello specifico, la Direttiva 98/58/CE⁴⁴ stabilisce norme generali sul benessere degli animali da allevamento destinati alla produzione alimentare, alla lana, alla pelle, al cuoio, o ad altri scopi produttivi. I suoi punti cardine comprendono: requisiti minimi di benessere animale (condizioni di allevamento che evitino sofferenze inutili e garantiscano un livello minimo di comfort, spazio e igiene); adeguate condizioni ambientali (controllo di parametri fondamentali come illuminazione, ventilazione, umidità e temperatura, adeguati per soddisfare le esigenze fisiologiche e comportamentali degli animali); cura e nutrizione (alimentazione sufficiente, appropriata e non dannosa, e cure regolari per prevenire malattie o lesioni). È esplicitamente esclusa l'applicazione della direttiva agli invertebrati (art. 1, paragrafo 1).

Accanto a questa regolamentazione orizzontale, l'Unione Europea ha sviluppato una serie di normative verticali specie-specifiche, destinate a particolari specie animali, quali suini, galline ovaiole, polli da carne e vitelli⁴⁵, affrontando in maniera più specifica le loro esigenze etologiche e fisiologiche. Tra i principi chiave che ricorrono nelle varie normative verticali, si evidenzia la proibizione o la limitazione delle pratiche cruento, come la forzatura alimentare e le mutilazioni. Nessuna normativa verticale è dedicata alle specie acquatiche.

43 «We recommend that all cephalopod molluscs and decapod crustaceans be regarded as sentient animals for the purposes of UK animal welfare law. They should be counted as “animals” for the purposes of the Animal Welfare Act 2006 and included in the scope of any future legislation relating to animal sentience», J. BIRCH-C. BURN-A. SCHNELL-H. BROWNING-A. CRUMP, *Review of the Evidence of Sentience in Cephalopod Molluscs*, op cit., p. 8.

44 Direttiva 98/58/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, relativa alla protezione degli animali negli allevamenti.

45 Direttiva 2008/120/CE del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa alle norme minime per la protezione dei suini; Direttiva 2008/119/CE del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa alle norme minime per la protezione dei vitelli; Direttiva 1999/74/CE del Consiglio, del 19 luglio 1999, che stabilisce le norme minime per la protezione delle galline ovaiole; Direttiva 2002/4/CE della Commissione, del 30 gennaio 2002, relativa alla registrazione degli stabilimenti di galline ovaiole coperti dalla Direttiva 1999/74/CE del Consiglio; Direttiva 2007/43/CE del Consiglio, del 28 giugno 2007, che stabilisce le disposizioni minime per la protezione dei polli destinati alla produzione di carne.

- *Trasporto*: La disciplina del trasporto di animali vivi nell'UE è regolata dal Regolamento (CE) n. 1/2005⁴⁶, che stabilisce standard uniformi per tutti i trasporti e trasferimenti di animali vivi, inclusi quelli su scala internazionale. Il Regolamento in questione affronta una vasta gamma di questioni operative potenzialmente critiche in termini di benessere animale, come: durata e fermate obbligatorie (per riposo, nutrizione e idratazione), temperatura, documentazione e controlli (per certificare l'idoneità degli animali al viaggio e garantirne la tracciabilità), modalità di trasporto (mezzi di trasporto adeguati e spazi sufficienti per minimizzare rischi come il sovraffollamento). Nonostante la portata ampia di queste disposizioni, il regolamento si applica esclusivamente al trasporto di animali vertebrati vivi (art. 1, par. 1).

- *Macellazione*: Tale normativa orizzontale è regolata dal Regolamento (CE) 1099/2009⁴⁷, ed è volta a ridurre al minimo l'angoscia e la sofferenza degli animali durante il processo di macellazione. Essa impone specificamente l'uso di tecniche di stordimento finalizzate a portare l'animale in uno stato di incoscienza e insensibilità prima dell'abbattimento, partendo dal presupposto che «l'abbattimento degli animali può provocare dolore, ansia, paura o sofferenze di altro tipo agli animali anche nelle migliori condizioni tecniche». Si ritiene inoltre opportuno che gli operatori o il personale addetto all'abbattimento possiedano competenze specifiche in modo da adottare «i provvedimenti necessari a evitare e a ridurre al minimo l'ansia e la sofferenza degli animali durante il processo di macellazione o abbattimento, tenendo conto delle migliori pratiche nel settore [...]» (Cons. 2). Il criterio dello stordimento previo è diventato ormai un pilastro etico e normativo del settore, sebbene siano previste deroghe per il sacrificio rituale, consentito senza stordimento per rispettare la libertà di religione, purché strettamente regolamentato (v. par. 1).

La normativa in oggetto si applica esclusivamente agli animali vertebrati (art. 2, lett. c)⁴⁸.

46 Regolamento (CE) n. 1/2005 del Consiglio, del 22 dicembre 2004, relativo alla protezione degli animali durante il trasporto e le operazioni connesse; Regolamento (CE) n. 169/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che applica le norme sulla concorrenza ai settori dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili.

47 Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento.

48 Tuttavia, il Regolamento stabilisce che i pesci, pur essendo vertebrati, sono coperti solo dall'articolo 3 («Requisiti generali per la macellazione e le operazioni connesse»), secondo il quale «agli animali devono essere evitati dolore, angoscia o sofferenze evitabili durante la macellazione e le operazioni connesse». Questa mancanza di protezione si spiega con quanto riportato nel Considerando 11: «I pesci presentano differenze fisiologiche sostanziali rispetto agli animali terrestri e i pesci d'allevamento sono macellati e abbattuti in un contesto molto diverso, in particolare per quanto riguarda il processo di ispezione. Inoltre, la ricerca sullo stordimento dei pesci è molto meno avanzata rispetto a quella su altre specie di animali d'allevamento. È opportuno stabilire norme distinte sulla protezione dei pesci durante l'abbattimento. Le disposizioni applicabili ai pesci dovrebbero pertanto limitarsi, per il momento, ai principi fondamentali. Ulteriori iniziative a livello comunitario dovrebbero essere adottate sulla base della valutazione scientifica del rischio effettuata dall'EFSA per quanto attiene alla macellazione e all'abbattimento dei pesci, tenendo conto anche delle implicazioni sociali, economiche e amministrative».



Come è evidente, nessuna delle normative citate si applica ai crostacei, evidenziando una importante lacuna nella legislazione europea. Questa carenza rende la normativa inadeguata sotto questo profilo, lasciando completamente scoperta tale parte della filiera e, di fatto, legittimando pratiche particolarmente problematiche rispetto alle questioni di benessere animale.

L'attuale catena produttiva dei crostacei vivi destinati al consumo umano comporta infatti una lunga serie di condizioni potenzialmente critiche per il benessere animale, legate alla cattura, alla manipolazione, alle variazioni di temperatura, all'esposizione alla luce e al rumore, fino all'imballaggio, al trasporto, alla conservazione e alla macellazione degli animali.

In particolare, le principali problematiche che sorgono possono essere così sintetizzate⁴⁹:

Allevamento/cattura e pratiche di filiera

Le attuali pratiche di conservazione e gestione dei crostacei vivi rivelano una importante disconnessione tra le esigenze etologiche di questi animali e le modalità operative comunemente adottate. Lo stoccaggio in vasche rappresenta una delle fasi più problematiche, in quanto comporta condizioni di sovraffollamento in situazioni che vedono assenza di rifugi adeguati, illuminazione eccessiva e innaturale e carenza o privazione di ossigeno. Tutti elementi particolarmente stressanti per animali che, in natura, sono solitari e prediligono ambienti scarsamente illuminati e ricchi di nascondigli. A queste criticità si aggiunge la pratica, ampiamente diffusa, della conservazione su ghiaccio, che presenta ulteriori problematiche, dal momento che provoca asimmetrie nel raffreddamento, variazioni repentine di temperatura, shock ipo-osmotico causato dall'acqua di disgelo o di condensazione, ipossia e stress anaerobico⁵⁰. Ulteriore pratica controversa è la legatura prolungata delle chele, adottata per ridurre l'aggressività dei crostacei in condizioni di sovraffollamento. Sebbene considerata necessaria in determinati contesti, questa non solo impedisce agli animali di esprimere comportamenti naturali, ma porta anche a un'atrofia muscolare significativa, che incide sulla loro capacità di muoversi e difendersi.

Anche la fase di cattura solleva importanti questioni in materia di benessere. Molti crostacei vengono infatti catturati mediante nasse o trappole che li attirano e intrappolano fino a quando non vengono issate a bordo delle navi, anche giorni dopo la cattura. Altre specie vengono catturate con reti a strascico, una pratica non selettiva che danneggia gravemente il fondale

49 La maggior parte dei dati di questa sezione proviene dai seguenti studi, ai quali si rimanda per ulteriori dettagli: CRUSTACEAN COMPASSION, *The case for the legal protection of decapod crustaceans*, 2021, e J. BIRCH-J., BURN-A. SCHNELL-H. BROWNING-A. CRUMP, *Review of the Evidence of Sentience in Cephalopod Molluscs and Decapod Crustaceans*, op. cit., The London School of Economics and Political Science, Londra, 2021.

50 P. CONDOTTI, per il Centro di Riferenza nazionale per il benessere animale del Ministero della Salute, Italia, parere medico-scientifico *Sofferenza di aragoste e astici vivi con chele legate e su letto di ghiaccio durante la fase di commercializzazione*, 29.07.07.

marino, aumenta il rischio di catture accidentali di specie non bersaglio e causa lesioni significative agli animali catturati. Infine, in alcuni casi, come per le aragoste, la cattura può avvenire a mano o con arpioni⁵¹.

Nonostante il livello di compromissione del benessere animale durante la fase di cattura, come evidente, dipenda in modo significativo dal metodo utilizzato, in tutte le operazioni menzionate, il rischio di schiacciamento, asfissia, stress e lesioni è estremamente elevato. Tra l'altro, in alcuni casi, durante questa fase, i crostacei possono essere sottoposti anche a mutilazioni in vivo.

Tra le pratiche meno conosciute ma largamente diffuse nella gestione dei crostacei, vi sono infatti alcune tecniche, giustificate da ragioni produttive o operative, che comportano vere e proprie mutilazioni sugli animali. Tra queste, si segnalano:

Ablazione del peduncolo oculare. Questa tecnica consiste nell'asportazione di uno o entrambi i peduncoli oculari delle femmine di gambero riproduttrici per stimolare un ciclo riproduttivo continuo e una maggiore produzione di uova, compensando i problemi di fertilità legati alle condizioni di cattività. Studi scientifici hanno rilevato l'insorgenza di comportamenti associati al dolore durante e dopo l'operazione (che si riducono con l'applicazione di anestetici topici, confermando ulteriormente la capacità di sofferenza di questi animali)⁵².

Rimozione delle chele (declavizzazione o declawing). Pratica a scopo alimentare che prevede la rimozione manuale di una o entrambe le chele del crostaceo, che viene poi rigettato vivo in mare. Questa pratica viene utilizzata anche in altre fasi della catena produttiva, per facilitare la manipolazione degli animali e ridurre i danni causati dal cannibalismo. Tuttavia, studi dimostrano che la qualità della vita e i tassi di sopravvivenza dei crostacei sottoposti a questa pratica risultano seriamente compromessi⁵³.

Taglio dei tendini delle chele (nicking). Questa pratica consiste nel taglio dei tendini delle chele per impedirne il funzionamento, e viene generalmente effettuata in vista del trasporto e dello stoccaggio dell'animale per minimizzare i rischi di danni da lotte e cannibalismo. Si tratta quindi di una misura che, nonostante sia altamente invasiva, ha carattere puramente preventivo⁵⁴.

51 Per approfondire: C. CARLETTI, *Il regime giuridico della pesca e dell'acquacoltura alla luce del diritto internazionale del mare e dell'Unione Europea. Profili normativi, strutturali e operativi nella dimensione multilivello*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016.

52 G. DIARTE-PLATA-J.C. SAINZ-HERNÁNDEZ-J.A. AGUIÑAGA-CRUZ-J.A. FIERRO-CORONADO- A. POLANCO-TORRES-C. PUENTE-PALAZUELOS, *Eyestalk ablation procedures to minimize pain in the freshwater prawn *Macrobrachium Americanum**, in *Applied Animal Behaviour Science*, 140(3-4), 2012, pp. 172-178.

53 L. T.A. PATTERSON-J. DICK R.W. ELWOOD, *Claw removal and feeding ability in the edible crab, *Cancer pagurus*: Implications for fishery practice*, in *Applied Animal Behaviour Science*, 2009. 116(2), pp. 302-305.

54 J.E. WELSH-P.A. KING-E. MACCARTHY, *Pathological and physiological effects of nicking on brown crab (*Cancer pagurus*) in the Irish crustacean fishery*, in *Journal of invertebrate pathology*, 112(1), 2013, pp. 49-56.

Trasporto Ogni anno, sono milioni i crostacei vivi che vengono sottoposti, per fini commerciali, a viaggi di varia durata all'interno e all'esterno dell'UE. Le pratiche comunemente adottate durante il trasporto espongono questi animali a molteplici fattori di stress, come fluttuazioni di temperatura e/o temperature inappropriate, qualità dell'acqua scadente, imballaggi inadeguati, sovraffollamento, esposizione all'aria, vibrazioni, rumore, illuminazione inadeguata e manipolazione impropria. Il confinamento forzato con altri esemplari della stessa specie o talvolta di specie diverse - una condizione frequente - favorisce episodi di lotte e cannibalismo, con l'annesso aumento di rischi e problematiche.

Le condizioni descritte hanno un impatto significativo sui crostacei, provocando loro danni fisici (come lesioni o schiacciamento), fisiologici (come la produzione dell'ormone dello stress, che può compromettere il sistema nervoso e le funzioni vitali), immunologici (con l'aumento dell'insorgenza di malattie o infezioni) e comportamentali (come episodi di aggressività o apatia). L'insieme di questi fattori non solo provoca inevitabilmente malessere e sofferenza negli animali, ma incide anche sui tassi di mortalità, sia durante il trasporto che nelle fasi successive.

A complicare ulteriormente la situazione, vi è la mancanza di dati completi e affidabili sul trasporto dei crostacei vivi. Le statistiche attuali, oltre ad essere limitate ai viaggi transfrontalieri, non distinguono tra animali vivi e morti e sono falsate dalle numerose esenzioni dall'obbligo di notifica⁵⁵. Questa carenza di informazioni impedisce una valutazione accurata delle condizioni medie di benessere degli animali trasportati e delle effettive implicazioni delle pratiche attualmente adottate.

Macellazione La macellazione rappresenta la fase più critica in termini di benessere animale, includendo una serie di pratiche, molto diffuse sia in ambito ristorativo che domestico, che non tengono minimamente conto del benessere animale né prevedono alcuna forma di stordimento preventivo.

In particolare, tra le più discutibili si segnalano: la bollitura a vivo, che causa all'animale un'agonia prolungata, fino a tre minuti prima della perdita di conoscenza; il raffreddamento preventivo alla bollitura, basato sulla errata convinzione che serva a stordire l'animale, mentre, al contrario, prolunga il tempo necessario per indurlo alla morte, aumentando la sua sofferenza; l'annegamento in acqua dolce, che provoca un grave shock osmotico e la morte dell'animale dopo ore di agonia. A questi si aggiunge la pratica, particolarmente invasiva, dell'incisione/smembramento a vivo.

La crudeltà di questi metodi, molto lontani dalle precauzioni adottate per i vertebrati, ha portato numerosi studi scientifici a valutarne il grado di "accettabilità", concludendo che si

55 EUROGROUP FOR ANIMALS, *Decapod Crustaceans and Cephalopod Molluscs in EU Animal Welfare Legislation*, op. cit., p. 5.

tratta di tecniche inumane che causano (con certezza o alta probabilità) stress e/o sofferenza ai crostacei, e che è raccomandabile optare per soluzioni più etiche che prevedano lo stordimento preventivo dell'animale⁵⁶.

Tirando le fila di quanto esposto, ci si rende conto di come si sia di fronte ad una filiera caratterizzata dalla totale disconnessione tra le pratiche operative e le esigenze di benessere animale.

A conferma di ciò, il citato rapporto LSE sulla senziatura dei crostacei decapodi, che, nel raccomandare il riconoscimento giuridico della senziatura dei crostacei decapodi (così come dei molluschi cefalopodi), avanza specifiche raccomandazioni che implicano chiaramente l'assoluta contrarietà al benessere animale di tutte le pratiche descritte:

- Vietare pratiche di mutilazione come l'ablazione del peduncolo oculare, il *declawing* e il *nicking*
- Per quanto riguarda la conservazione e il trasporto dei decapodi vivi, limitare la densità degli individui per ridurre stress e aggressioni, fornire rifugi oscuri e basse temperature, e scoraggiare il trasporto fuori dall'acqua.
- Proibire la vendita di decapodi vivi a commercianti o consumatori privi di competenza nella loro gestione, per evitare ulteriore sofferenza.
- Garantire che i decapodi siano storditi prima di essere macellati, preferendo metodi di stordimento elettrico, più rapidi e meno dolorosi.
- Vietare metodi considerati inumani, come la bollitura a vivo, il raffreddamento e l'annegamento in acqua dolce (o subordinati all'obbligo di stordimento preventivo).

Nonostante queste raccomandazioni e le evidenze scientifiche a supporto, tutte le pratiche descritte rimangono ad oggi largamente diffuse, legittimate da un quadro normativo che, come evidenziato, rimane ancorato ad una concezione secondo cui i crostacei, non essendo in grado di soffrire, non necessitano di specifiche tutele in termini di benessere animale.

Ma non solo. Tale concezione, infatti, si riflette, in maniera più ampia, nella stessa percezione che la normativa UE ha rispetto a questi animali, come si illustra nel paragrafo a seguire.

4. I crostacei nella legislazione europea: alimenti prima che animali

56 Oltre agli studi già menzionati, EFSA AHAW Panel, *Opinion of the Scientific Panel on Animal Health and Welfare on a request from the Commission related to «Aspects of the biology and welfare of animals used for experimental and other scientific purposes»* (2005), The EFSA Journal 292, 1-46. Per un approfondimento sul tema, F. CONTE-E. VOSLAROVA-V. VECEREK-R.W. ELWOOD-P. COLUCCIO-M. PUGLIESE-A. PASSANTINO, *Humane Slaughter of Edible Decapod Crustaceans*, in *Animals*, 2021, 11(4), p. 1089.

Andando oltre il settore dell'*Animal Welfare*, è infatti interessante osservare come, in linea con le considerazioni su esposte, la normativa europea menzioni in più occasioni i crostacei destinati al consumo umano, ma quasi esclusivamente in un'ottica di sicurezza alimentare.

Questa prospettiva emerge chiaramente dall'articolo 2, lettera b), del Regolamento (CE) n. 178/2002 sulla legislazione alimentare⁵⁷, che classifica i crostacei vivi come «alimenti», assoggettandoli così alle norme europee relative all'igiene e alla sicurezza alimentare. In particolare, rileva il Regolamento (CE) 853/2004 relativo all'igiene degli alimenti di origine animale, che include i crostacei nella definizione di «prodotti della pesca»⁵⁸. Secondo questa normativa, durante lo stoccaggio e il trasporto, «i prodotti della pesca mantenuti vivi devono essere mantenuti a una temperatura e in condizioni che non pregiudichino la sicurezza alimentare o la loro vitalità» (All. III, Sez. VIII, Cap. VII, par. 3)⁵⁹. Gli operatori del settore che effettuano il trasporto di prodotti della pesca immessi vivi sul mercato, devono inoltre garantire che gli stessi siano «trasportati in condizioni che non pregiudichino la sicurezza alimentare o la loro vitalità» (All. III, Sez. VIII, Cap. VIII, par. 4).

Da queste disposizioni emerge chiaramente che l'interesse tutelato è quello della sicurezza alimentare, cui si accompagna il necessario mantenimento della qualità del prodotto, e non anche quello del benessere animale (nonostante entrambe le fonti normative lo menzionino come un obiettivo generale perseguito dalla legislazione alimentare⁶⁰).

57 Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure relative alla sicurezza alimentare. Articolo 2, Definizione di «alimento»: Ai fini del presente Regolamento, per «alimento» (o «prodotto alimentare») si intende qualsiasi sostanza o prodotto destinato ad essere ingerito dagli esseri umani o con ragionevole probabilità di esserlo, sia trasformato integralmente o parzialmente, sia non trasformato. Non sono considerati «alimenti»: [...] (b) gli animali vivi, salvo che siano preparati per essere commercializzati per il consumo umano [...].

58 «Allegato I - 3. Prodotti della pesca, 3.1. tutti gli animali marini o d'acqua dolce (ad eccezione dei molluschi bivalvi vivi, degli echinodermi vivi, dei tunicati vivi e dei gasteropodi marini vivi, così come tutti i mammiferi, i rettili e le rane), siano essi selvatici o di allevamento, comprese tutte le forme, parti e prodotti commestibili di tali animali». Come è evidente, i crostacei non sono esclusi da questa definizione, a differenza degli altri animali indicati tra parentesi.

59 Lo conferma il fatto che il Regolamento (UE) n. 1379/2013, che stabilisce l'organizzazione comune dei mercati nel settore dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura, e il Regolamento (CE) n. 2406/96, relativo alla commercializzazione di determinati prodotti della pesca, classificano i crostacei come prodotti della pesca con il codice NC 0306, includendo i crostacei vivi (oltre a quelli sgusciati, freschi, refrigerati, congelati, essiccati, salati o in salamoia, cotti, ecc.).

60 Regolamento (CE) n. 178/2002 - Articolo 5, Obiettivi generali: 1. La legislazione alimentare persegue uno o più fra gli obiettivi generali di un livello elevato di tutela della vita e della salute umana, della tutela degli interessi dei consumatori, comprese le pratiche leali nel commercio alimentare, tenuto eventualmente conto della tutela della salute e del benessere degli animali, della salute vegetale e dell'ambiente.

Regolamento (CE) n. 853/2004 - Articolo 1, paragrafo 6. Il presente Regolamento si applica fermi restando: [...] b) i requisiti relativi al benessere animale.

Un'ulteriore disposizione normativa rilevante si trova nel Regolamento (UE) 2019/1241 sulla conservazione delle risorse della pesca e sulla protezione degli ecosistemi marini⁶¹. Questo regolamento, limitando quantitativamente alcune pratiche, legittima le mutilazioni delle chele dei crostacei, intese come la loro rimozione manuale seguita dal rilascio in mare dell'animale mutilato⁶².

In questo panorama normativo, a ben vedere, emerge un unico segnale positivo che suggerisce una percezione differente da parte del legislatore europeo nei confronti di questi animali e del loro benessere: il Regolamento (UE) 2018/848 sulla produzione biologica. Come è noto (e come affermato già nel Considerando 1 del Regolamento), questo settore intende rappresentare un sistema di produzione basato, tra le altre cose, sull'applicazione di rigorosi criteri di benessere animale. Ciò si riflette sia a livello di alimentazione (gli animali devono essere alimentati con mangimi biologici e devono essere considerate le loro esigenze fisiologiche), che a livello di stabulazione (vietando, tra l'altro, pratiche zootecniche non adeguate in termini di assoluta minimizzazione di sofferenza, dolore o angoscia negli animali, come le mutilazioni).

Proprio in riferimento a questi profili, è significativo evidenziare come la normativa introduca esplicitamente disposizioni concernenti il benessere dei crostacei:

«3. Requisiti per gli animali da acquacoltura

3.1.3.1. Per quanto riguarda i mangimi per pesci, crostacei ed echinodermi, si applicano le seguenti norme: [...] (b) i regimi alimentari saranno concepiti tenendo conto delle seguenti priorità: [...] (i) salute e benessere degli animali.

3.1.6. Benessere degli animali. [...] 3.1.6.8. È vietata l'ablazione semplice del peduncolo, incluse tutte le pratiche simili, come la legatura, l'incisione e lo schiacciamento.»

Sebbene questi riferimenti siano limitati e circoscritti ad un settore specifico, essi dimostrano una consapevolezza da parte del legislatore europeo riguardo alla natura senziente dei crostacei e alla necessità di garantirne il benessere. Si tratta di un segnale quasi impercettibile, ma che merita di essere riconosciuto come significativo nel quadro dell'analisi in corso.

Infine, andando oltre l'ambito della filiera alimentare, è interessante considerare due settori normativi che offrono spunti utili per una riflessione più ampia sul concetto di benessere

61 Regolamento (UE) 2019/1241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativo alla conservazione delle risorse della pesca e alla protezione degli ecosistemi marini attraverso misure tecniche.

62 Con riferimento a: Allegato V - Mare del Nord: Taglie minime di riferimento ai fini della conservazione; Allegato VI - Aree nord-occidentali: Taglie minime di riferimento per la conservazione; Allegato VII - Aree sud-occidentali: Taglie minime di riferimento ai fini della conservazione: «Nel caso dei granchi di mare catturati con nasse, al massimo l'1% in peso delle catture totali di granchi di mare può essere costituito da chele staccate. Nel caso di granchi di mare catturati con altri attrezzi da pesca, possono essere sbarcati al massimo 75 kg di chele staccate».

animale riferito ai crostacei e, ancor prima, sulla contezza giuridica circa la loro senzienza. Tuttavia, è fondamentale sottolineare che, sebbene si tratti dei medesimi animali, non è possibile stabilire parallelismi analogici diretti tra i diversi contesti normativi, dal momento che le esigenze e i presupposti della filiera alimentare presentano peculiarità tali da richiedere l'impiego di sostanze e metodi specifici (che non alterino l'odore, il sapore e la qualità del prodotto finale e che garantiscano l'assenza di rischi per la salute umana).

Il primo riferimento concerne la legislazione sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici. La Direttiva 2010/63/UE, come specificato all'art. 1, par. 3, si applica ad una serie di categorie animali, tra cui i vertebrati vivi non umani e i cefalopodi vivi, come i polpi. Come specificato nel Considerando 8, l'inclusione dei cefalopodi si basa su solide evidenze scientifiche che ne dimostrano la capacità di provare dolore, sofferenza e angoscia. In tali termini, il riconoscimento della senzienza di questi animali ha rappresentato una svolta significativa nella legislazione dell'UE, in quanto per la prima volta si è data protezione ad una classe di invertebrati, collegando direttamente la loro capacità di soffrire alla necessità di prevedere misure di tutela per il loro benessere⁶³.

I crostacei, come evidente, non sono inclusi nella Direttiva.

L'assenza di tale riferimento, alla luce del processo di redazione della direttiva, appare particolarmente interessante ai fini della presente analisi. Come anticipato, infatti, già nel 2005 l'EFSA, nel suo parere intitolato «*Aspects of the biology and welfare of animals used for experimental and other scientific purposes*», aveva raccomandato di includere i crostacei decapodi nella normativa sulla sperimentazione animale (all'epoca la Direttiva 86/609/CEE), sulla base di elementi quali il «comportamento complesso e la loro consapevolezza, percezione del dolore e capacità di apprendimento» (*supra*, par. 2).

Sebbene questa proposta non abbia avuto seguito in termini di modifica della normativa vigente, essa portò, qualche anno più tardi, all'inclusione dei crostacei decapodi nell'art. 2, par. 2 - All. 1 della proposta di direttiva⁶⁴ sulla sperimentazione animale (la - attualmente vigente - Direttiva 2010/63/UE, che abrogò la Direttiva 86/609/CEE). Tuttavia, nella versione definitiva della Direttiva, ogni riferimento ai crostacei venne eliminato per insufficienza di evidenze scientifiche ritenute necessarie a supportarne l'inclusione⁶⁵. Nonostante ciò, è significativo evidenziare come il tema del benessere dei crostacei fosse stato preso seriamente in

63 Per una analisi più approfondita, M. GIMÉNEZ-CANDELA-I. JIMÉNEZ LÓPEZ, *La Directiva 2010/63/UE y los cefalópodos. A propósito del Real Decreto 1386/2018*, in *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 10/3, 2019.

64 Art. 2, Ambito di applicazione: 2. La presente direttiva si applica ai seguenti animali: [...] b) animali invertebrati vivi, tra cui forme larvali capaci di alimentarsi autonomamente delle specie indicate nell'allegato I.

Allegato I - Specie di invertebrati di cui all'articolo 2, paragrafo 2: Ciclostomi; Cefalopodi; Crostacei decapodi.

65 In concreto, si segnalò che «*there has never been any scientific proof of the sensitivity of invertebrates other than cephalopods*» (Emendamento n. 75).

considerazione all'epoca, e non scartato a priori, a dimostrazione di una consapevolezza non ancora matura ma comunque presente. Questo, alla luce delle evidenze scientifiche emerse negli anni sulla senienza dei crostacei⁶⁶, potrebbe (*rectius*, dovrebbe) legittimamente e ragionevolmente condurre ad una riconsiderazione dell'esclusione in questione in seno alla revisione normativa in atto a livello europeo.

Il secondo settore di interesse è rappresentato dal Regolamento (UE) 1143/2014 sulla prevenzione e gestione delle specie esotiche invasive⁶⁷. Questa normativa stabilisce che le specie incluse nell'elenco unionale delle specie invasive debbano essere destinatarie di misure di contenimento o eradicazione volte a limitarne la diffusione. A tal riguardo, si richiede espressamente che, trattandosi di interventi talvolta letali, vengano adottate pratiche atte a minimizzare dolore, angoscia e sofferenze evitabili per gli animali coinvolti. Tra le specie esotiche invasive sono compresi anche alcuni crostacei, come il granchio cinese (*Eriocheir sinensis*) e il gambero rosso della Louisiana (*Procambarus clarkii*). Ciò ha portato gli Stati membri a confrontarsi con la questione di come tutelare il benessere di questi animali in tali circostanze, in assenza di una normativa esaustiva cui poter fare riferimento.

Un esempio interessante cui far riferimento è offerto dal parere del Centro di referenza nazionale per il benessere animale (CReNBA)⁶⁸, pubblicato nel 2018, riguardante le metodiche anestetiche e di soppressione del granchio cinese ai sensi del D.lgs. 230/2017⁶⁹. Questo parere, per risolvere la questione in assenza di riferimenti, ha mutuato dal Reg. 1099/2009 (come si è detto, non applicabile al caso di specie) l'interpretazione di «dolore, ansia o sofferenza evitabili» con riferimento all'esistenza di metodi più avanzati in termini di protezione del benessere degli animali. Sulla base di ciò, ha elaborato un elenco di pratiche applicabili, suddividendole in tre categorie: migliori pratiche (anestetici, elettricità), pratiche accettabili (distruzione dei gangli nervosi, raffreddamento all'aria o in acqua ghiacciata) e pratiche

66 Sul punto, *ex multis*, A. ROWE, *Should Scientific Research Involving Decapod Crustaceans Require Ethical Review?*, in *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 5, 2018, pp. 625-634.

67 Il Regolamento (UE) n. 1143/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 riguarda la prevenzione e gestione dell'introduzione e della diffusione delle specie esotiche invasive (*Invasive Alien Species*, IAS) ed è finalizzato a contrastare l'impatto delle specie esotiche invasive, che rappresentano una delle principali minacce per la biodiversità, gli ecosistemi, l'economia e la salute umana.

68 Il Centro di Referenza Nazionale per il Benessere Animale (CReNBA) è un organismo italiano istituito con il DM del 13 febbraio 2003 che opera all'interno dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Lombardia e dell'Emilia-Romagna (IZSLER) ed ha l'obiettivo di fornire supporto scientifico e tecnico in materia di benessere animale.

69 Decreto Legislativo 15 dicembre 2017, n. 230. Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 1143/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante disposizioni volte a prevenire e gestire l'introduzione e la diffusione delle specie esotiche invasive (GU 30 gennaio 2018, n. 24).

sconsigliate (tra cui smembramento, immersione in acqua bollente, soffocamento, esposizione all'aria).

Alla luce di tutto quanto esposto, emerge chiaramente che, sebbene si possano rilevare alcuni timidi segnali di attenzione verso la natura senziente dei crostacei - *in primis*, quelli presenti nella normativa sul biologico - questi rimangono insufficienti e incapaci di incidere sul quadro generale, che risulta ben lontano dall'assicurare una tutela effettiva per questi animali, tanto da poter concludere che, ad oggi, non esiste alcuna normativa dell'UE atta a regolare o garantire il benessere dei crostacei destinati al consumo alimentare.

5. Uno sguardo comparato alle iniziative protezionistiche statali

Di fronte alla evidente inadeguatezza della legislazione europea sul punto, alcuni Stati membri hanno deciso di adottare normative più avanzate a tutela del benessere dei crostacei decapodi, riconoscendo la loro capacità di provare dolore e sofferenza. Questo paragrafo si propone di analizzare i principali approcci legislativi e i segnali virtuosi che emergono dai differenti contesti giuridici europei che han preso iniziativa in tal senso.

Un esempio emblematico è rappresentato dall'Austria, il primo Paese europeo (1988) a riformare il proprio Codice Civile (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* - ABGB) distinguendo gli animali dai meri oggetti⁷⁰, gettando così le basi per lo sviluppo di una legislazione avanzata in materia di benessere animale, culminata con la promulgazione della Legge Federale sulla Protezione degli Animali (*Tierschutzgesetz*) del 2004 - legge che su più profili supera gli standard di tutela fissati dall'Unione Europea, introducendo misure come il divieto di utilizzo di animali selvatici nei circhi (confermato dalla Corte Costituzionale nel 2011⁷¹), il divieto di produzione di *foie gras* o l'eliminazione delle gabbie arricchite per le galline ovaiole⁷². L'approccio di tale normativa non si limita a tutelare il benessere fisico degli animali, ma si estende anche al loro benessere psicologico, definendo gli animali come «creature simili» agli esseri umani, nei confronti dei quali è vietato infliggere dolore, sofferenze o lesioni

70 Nello specifico, si fa riferimento all'inserimento del paragrafo 285a, che stabilisce: «Gli animali non sono cose; sono protetti da leggi speciali. Le disposizioni applicabili alle cose si applicano agli animali solo nella misura in cui non esistano regolamentazioni specifiche per essi» (traduz. aut.).

71 Il 21 dicembre 2011 la Corte costituzionale austriaca ha rigettato il ricorso del circo Krone, il quale aveva chiesto di abolire la legge nazionale austriaca che vieta l'utilizzo di animali selvatici nei circhi. La Corte, nello specifico, ha ritenuto legittimo tale divieto dal momento che la legge austriaca non vieta l'esercizio dell'attività di spettacolo circense in sé e per sé, ma ne limita semplicemente le condizioni, ammettendo solo l'utilizzo di animali domestici.

72 In particolare, l'articolo 5 di questa legge vieta l'alimentazione forzata degli animali, pratica essenziale per la produzione di *foie gras*. L'allegato 2 della legge stabilisce i requisiti per l'allevamento delle galline ovaiole, proibendo l'uso di gabbie arricchite. A ciò si aggiunge l'art. 8, che disciplina le modalità di vendita degli animali, includendo limitazioni alla pubblicità per garantire il benessere degli animali coinvolti, vietando, nello specifico, la pubblicità online per la vendita di animali da compagnia.



ingiustificate, o creare stati di ansia estrema. Per quanto riguarda la morte degli animali, questa deve avvenire - oltre che senza causare dolore, sofferenze o ansia inutili - previo stordimento e ad opera di personale qualificato. Sebbene i crostacei non siano destinatari di disposizioni specifiche, l'articolo 3 della legge ne include comunque la protezione all'interno del quadro normativo generale⁷³.

In Italia dove invece manca una legislazione nazionale che faccia espresso riferimento al benessere dei crostacei, si registrano segnali di interesse a livello di regolamentazioni locali, oltre che sul piano giurisprudenziale⁷⁴.

Nello specifico, ha assunto rilievo, con risonanza anche a livello sovranazionale, la sentenza della Corte di Cassazione del 2017 che ha stabilito il divieto di conservare crostacei vivi sul ghiaccio con le chele legate, in quanto tale pratica provoca loro sofferenze inaccettabili, confermando la condanna a 5.000 euro di ammenda per maltrattamento di animali per un ristorante romano⁷⁵. Secondo i giudici, l'esistenza di metodi più rispettosi del benessere dei crostacei rispetto all'utilizzo del ghiaccio, già implementati da operatori commerciali e ristoratori del settore (come l'impiego di acquari a temperatura controllata), non consente di considerare tale pratica socialmente accettabile (a differenza della bollitura a vivo, ritenuta invece lecita), rendendola quindi penalmente rilevante ai sensi dell'articolo 727, co.2, Codice penale (secondo cui è punito «chiunque detiene animali in condizioni incompatibili con la loro natura e produttive di gravi sofferenze»).

Questo orientamento si è basato su un parere del 2007, emesso su richiesta del Comune di Roma dal Centro di Riferenza Nazionale per il Benessere Animale (CRenBA), che confermava come tali pratiche infliggano sofferenze significative ai crostacei⁷⁶, concludendo con un richiamo indiretto al principio di precauzione: «Sebbene sia dibattuto se i crostacei provino

73 «Geltungsbereich - § 3. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für alle Tiere. (2) Die §§ 7 bis 11 und das 2. Hauptstück, mit Ausnahme des § 32, gelten nur für Wirbeltiere, Kopffüßer und Zehnfüßkrebse». Traduzione dell'autrice: «Ambito di applicazione - § 3. (1) La presente Legge Federale si applica a tutti gli animali. (2) I § 7 a § 11 e il Capitolo 2, ad eccezione del § 32, si applicano solo ai vertebrati, cefalopodi e decapodi».

74 Si segnala il progetto *Dalla parte dei crostacei*, di Animal Law Italia (ALI) - associazione senza scopo di lucro all'avanguardia in Italia per l'avanzamento della normativa sulla protezione degli animali - incentrato proprio sul benessere animale dei crostacei decapodi con l'obiettivo di spingere il legislatore a promulgare una legislazione nazionale di protezione in materia.

75 Cass. Pen., sez. 3^a, 16.6.2017, n. 30177, in *Dirittoambiente.net*, con nota di C. CAMPANARO, *I crostacei sono esseri senzienti, cui è applicabile il maltrattamento*, 23/6/2017.

76 «Il posizionamento degli animali sul ghiaccio, anche se avvolto in sacchetti a tenuta, è assolutamente inappropriato sia come metodo anestetico che come metodo di stoccaggio, in quanto il contatto diretto con il ghiaccio determina asimmetria della perfrigerazione, sbalzo improvviso di temperatura, shock iposmotico da acqua di scioglimento o da condensa, ipossia e stress anaerobico», P. CONDOTTI, parere del 29.07.07, *Sofferenza di aragoste e astici vivi con le chele legate e su letto di ghiaccio durante la fase di commercializzazione*, op. cit., pp. 1-2.

dolore, in attesa dei risultati di studi approfonditi e specifici, sarebbe opportuno agire sulla base di un ragionevole dubbio che lo provino»⁷⁷.

Tuttavia, una sentenza recente del Tribunale di Roma (ottobre 2023) ha assunto una posizione opposta, assolvendo con formula piena un ristoratore accusato di maltrattamento animale per aver esposto nel ghiaccio, con le chele legate, otto granchi e due aragoste vive destinate al consumo umano nel suo ristorante. Il Tribunale ha motivato la decisione sostenendo che tali animali, destinati al consumo umano, dovessero essere considerati alimenti» secondo il già citato Regolamento (CE) n. 178/2002 (art. 2, lett. b)⁷⁸.

Tale virata giurisprudenziale, oltre a rappresentare un arresto dell'interpretazione a favore della protezione animale, dimostra anche come la normativa ad oggi vigente si riveli limitativa nel promuovere una tutela più avanzata per questi esseri viventi.

Guardando invece al livello locale, si registrano iniziative significative da parte di alcuni Comuni italiani che hanno introdotto misure esplicite per proteggere il benessere dei crostacei, soprattutto in relazione alle pratiche di conservazione e cottura nei settori della ristorazione e della vendita al dettaglio. Nello specifico, secondo uno studio del 2017 sui regolamenti sul benessere degli animali di 110 capoluoghi di provincia italiani⁷⁹, sono 62 i comuni che disponevano di tali regolamenti, e di questi, 11 includevano norme specifiche per la tutela di astici e aragoste destinati al consumo alimentare (Roma, Ferrara, Parma, Torino, Alessandria, Palermo, Benevento, Monza, Foggia, Genova, Reggio Emilia) - cui si aggiunge, come minimo, il Comune di Milano.

Questi regolamenti disciplinano generalmente questioni centrali come la gestione degli animali, le caratteristiche degli acquari, il sacrificio e il pre-stordimento, la bollitura in vivo e

77 A titolo informativo, è opportuno segnalare che tale parere ha suscitato reazioni contrastanti da parte delle autorità competenti. In particolare, il CeIRSA (Centro di Sicurezza Alimentare della Regione Piemonte) ha osservato che il parere dell'Istituto non può essere «applicato automaticamente in modo estensivo». Secondo il CeIRSA, la protezione del benessere dei crostacei, per quanto importante, non può compromettere la sicurezza alimentare: lo stoccaggio a temperature superiori a quella di congelamento potrebbe infatti determinare un aumento della carica batterica e, conseguentemente, un rischio per i consumatori. In merito al legamento delle chele, il CeIRSA sottolinea che questa pratica è considerata una buona prassi a livello internazionale, poiché limita i danni derivanti dai comportamenti aggressivi degli animali (cannibalismo, ferite e mutilazioni). CeIRSA, *Esposizione di crostacei vivi per la vendita o la somministrazione*, 2017.

78 L'Associazione *Animal Law Italia* (ALI), ha presentato istanza motivata di impugnazione della sentenza di primo grado al Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Roma, richiesta che è stata rigettata facendo proprie le argomentazioni del tribunale.

79 G. LIUZZO-R. ROSSI-F. GIACOMETTI-G. MESCOLINI-S. PIVA-A. SERRAINO, *Analysis of Provincial and Municipal Regulations Governing Crustacean Welfare in Italy*, in *Italian Journal of Food Safety*, 6(1), 2017 Mar 28, p. 6228.

il legamento delle chele⁸⁰. Come è stato osservato⁸¹, sebbene si tratti di passi significativi verso una maggiore tutela dei crostacei, queste regolamentazioni non possono essere considerate pienamente soddisfacenti in termini di efficacia in quanto - oltre al fatto che la loro applicazione resta limitata a livello locale - spesso risultano vaghe, prive di uniformità e non tengono conto delle specificità delle diverse specie, né si basano su linee guida scientifiche consolidate⁸².

Oltre ad Austria e Italia, anche altri Stati membri dell'UE hanno mosso iniziative in tal senso, sebbene tramite approcci meno strutturati.

In Francia, nel 2012 il Ministero dell'Agricoltura ha emesso una nota di servizio per incoraggiare pratiche più rispettose per la manipolazione di crostacei e pesci vivi prima della vendita e del consumo⁸³ (tuttavia, si tratta di una normativa di *soft law*, priva di effetti vincolanti diretti).

In Belgio, nel 2021 il Consiglio per il Benessere Animale di Bruxelles ha dichiarato⁸⁴ la necessità di legiferare sul sacrificio dei crostacei decapodi anche nella Regione di Bruxelles-

80 A titolo di esempio, il Regolamento per il Benessere e la Protezione degli Animali del Comune di Milano, approvato con la Delibera del Consiglio Comunale n. 4 del 3 febbraio 2020, stabilisce quanto segue: Capitolo VIII - Art. 33 - Gestione dei crostacei vivi destinati al consumo umano

1.[...] Il Comune di Milano si impegna ad adottare tecniche di gestione dei crostacei decapodi vivi destinati al consumo umano che minimizzino le sofferenze di questi animali. 2. [...] 3. La conservazione dei crostacei vivi destinati all'alimentazione può avvenire in contenitori isotermici a bassa temperatura o in acquari. 4. Gli animali contenuti nei contenitori isotermici possono avere le chele legate. 5. I crostacei vivi destinati all'alimentazione, se non conservati negli acquari, non possono essere esposti al pubblico. 6. Negli acquari, le diverse specie devono essere mantenute separate. La densità degli animali non deve superare i 10 kg per metro quadrato. La temperatura dell'acqua, in base alle diverse specie (acque temperate, acque tropicali), può variare tra i 5 e i 16 gradi. La salinità dell'acqua marina deve essere compresa tra 33,5 e 35,5 g/l. L'acqua deve essere ben ossigenata e non torbida, e la concentrazione di ammoniaca deve essere inferiore a 1 mg/l. Gli animali contenuti negli acquari devono avere le chele legate. 7. I crostacei vivi possono essere venduti esclusivamente nel commercio all'ingrosso. 8. Nel commercio al dettaglio, i crostacei devono essere abbattuti dal venditore prima della consegna al consumatore. 9. In ogni caso, i crostacei devono essere abbattuti prima della cottura. L'abbattimento deve essere eseguito tramite scarica elettrica. In alternativa, gli animali possono essere sacrificati mediante distruzione meccanica del ganglio cerebrale, effettuata su un soggetto preventivamente anestetizzato tramite raffreddamento. Per gli animali conservati in contenitori isotermici è possibile utilizzare anche il raffreddamento rapido ad aria (a una temperatura di 4°C o inferiore).

81 G. LIUZZO ET., *Analysis of Provincial and Municipal Regulations*, op. cit.

82 Rilava sul punto il Comune di Ferrara, che specifica che le modalità di soppressione degli animali devono seguire le raccomandazioni contenute nel parere dell'Istituto Zooprofilattico della Lombardia e dell'Emilia Romagna (Izler) «*Sofferenza di aragoste e astici vivi con chele legate e su letto di ghiaccio durante la fase di commercializzazione*» (cit.).

83 MINISTERO FRANCESE DELL'AGRICOLTURA, AGROALIMENTARE E FORESTALE, Nota di servizio DGAL/SDSSA/N2012-8219, del 20 novembre del 2012. *Authorisation and Health Inspection of Storage Tanks for Crustaceans and Seawater and Freshwater Fish*, Parigi.

84 DEPARTMENT ANIMAL WELFARE OF BRUSSELS ENVIRONMENT, *Advice of the Brussels Animal Welfare Council (24/06/2021) on stunning when killing decapod crustaceans*.

Capitale (tuttavia, questa rimane una dichiarazione di intenti che non si è ancora tradotta in interventi legislativi concreti).

Volendo dare uno sguardo all'Europa continentale per arricchire la panoramica, si segnala la Legge norvegese sul benessere animale del 2010, che prevede tutele per i decapodi durante le fasi di macellazione, stoccaggio e trasporto, oltre che durante la pesca, al fine di minimizzare mortalità, lesioni e sofferenze negli animali coinvolti.

Allo stesso modo, la Svizzera - dove i decapodi sono protetti dal 2008 tramite l'Ordinanza sul benessere animale del 23 aprile (sezione 4: pesci e decapodi) - a marzo 2018 ha introdotto norme dettagliate per il trasporto, la conservazione e la macellazione dei crostacei, che includono l'obbligo di stordimento prima dell'abbattimento, il divieto di conservazione su ghiaccio o all'asciutto e il divieto di bollitura in vivo.

Infine, un caso di particolare rilievo è rappresentato dal Regno Unito, che si distingue per un approccio innovativo e avanzato nella protezione dei crostacei. Il già menzionato studio del 2021, *Review of the Evidence of Sentience in Cephalopod Molluscs and Decapod Crustaceans*, ha fornito un impulso fondamentale per ridefinire il modello di protezione giuridica di questi animali: sulla base delle conclusioni e delle raccomandazioni⁸⁵ emerse dal rapporto, infatti, è stato redatto il progetto di legge *Animal Welfare (Sentience) Bill*, volto ad ampliare la definizione di «animale»⁸⁶ nella normativa britannica per includere anche i crostacei decapodi e i molluschi cefalopodi⁸⁷.

Il 25 maggio 2023, con l'annuncio da parte del governo del Regno Unito della composizione dell'*Animal Sentience Committee* incaricato di valutare l'impatto delle politiche governative sul benessere degli animali riconosciuti come senzienti, è entrato formalmente in vigore l'*Animal Welfare (Sentience) Act 2022*⁸⁸, attraverso il quale i crostacei decapodi sono stati ufficialmente riconosciuti come esseri senzienti. Questo riconoscimento impegna il governo del Regno Unito a tenere conto del loro benessere nella formulazione e nell'implementazione delle politiche

85 «Raccomandiamo che tutti i molluschi cefalopodi e i crostacei decapodi siano considerati animali senzienti ai fini della Legge sul Benessere Animale del Regno Unito. Dovrebbero essere inclusi nella definizione di 'animali' ai sensi della Legge sul Benessere Animale del 2006 e rientrare nell'ambito di qualsiasi futura legislazione relativa alla sensibilità animale» (Rapporto della LSE, 2021, op. cit., traduz. autrice).

86 Sebbene gli *Animal Welfare Acts* del Regno Unito definiscano un «animale» come «un vertebrato diverso dall'essere umano», viene stabilito che le autorità nazionali competenti possano ampliare la definizione di «animale» per includere anche gli invertebrati, «qualora le [autorità] siano convinte, sulla base di prove scientifiche, che gli animali del tipo in questione siano capaci di provare dolore e sofferenza».

87 Il disegno di legge stabilisce che, ai fini della normativa, per «“animali”» si intendono, oltre ai vertebrati, anche i molluschi cefalopodi e i crostacei decapodi (punto 5).

88 Si specifica che l'atto non introduce direttamente nuove disposizioni specifiche sulle pratiche relative ai crostacei, come la bollitura in vivo, ma stabilisce un quadro per garantire che il loro benessere sia considerato nelle decisioni politiche future. Pertanto, eventuali modifiche alle pratiche esistenti richiederanno ulteriori interventi legislativi o regolamentari basati su questo riconoscimento di senzienza.

pubbliche, rappresentando un *unicum* nel panorama internazionale della tutela degli invertebrati.

Alla luce di quanto esposto, ciò che emerge è un quadro che, pur includendo elementi propositivi in termini di tutela, risulta frammentario e territorialmente circoscritto, che spesso si limita a prevedere misure tecniche legate a specifiche questioni pratiche, affrontate prevalentemente in termini di gestione operativa del benessere, trascurando - e talvolta ignorando - il riconoscimento e la valorizzazione dello status di esseri senzienti di questi animali.

6. Considerazioni e auspici conclusivi

La senzienza dei crostacei decapodi, ormai ampiamente riconosciuta dalla comunità scientifica, sollecita una riflessione critica sull'adeguatezza dell'attuale quadro normativo europeo. Come evidenziato, la legislazione UE non tiene conto del benessere di questi animali, limitandosi a considerarli principalmente alimenti piuttosto che esseri senzienti meritevoli di tutela. Questa visione riduttiva si traduce in una grave lacuna normativa, che consente il perpetuarsi di pratiche altamente dannose in termini di benessere animale, sollevando interrogativi non solo sulla coerenza etica e scientifica delle politiche europee, ma anche sulla credibilità delle istituzioni nel perseguire i principi dichiarati.

Il contesto attuale appare particolarmente significativo.

L'Unione Europea ha avviato infatti un ambizioso processo di revisione della sua normativa sul benessere animale, con l'obiettivo dichiarato di aggiornarla per allinearla alle più recenti evidenze scientifiche, estendendo, tra le varie cose, la protezione a specie finora escluse dalla stessa, come i pesci⁸⁹. Sebbene questa revisione, annunciata per il 2023⁹⁰, non si sia ancora concretizzata nei termini previsti, si ritiene che tale ritardo debba essere interpretato come una dilazione temporanea, e non come un abbandono degli obiettivi preposti. In questo scenario, l'inclusione dei crostacei decapodi nell'*acquis* comunitario sul benessere animale rappresenterebbe una risposta naturale e coerente alla illustrata "*escalation*" degli ultimi anni.

Come è emerso, infatti, non si tratta solo di considerare il sempre più ampio corpus di studi scientifici in grado di confermare, con elevata probabilità, la senzienza di questi animali. Lo stesso rapporto LSE offre infatti un ulteriore spunto di riflessione: i ricercatori evidenziano che

89 Il 4 ottobre 2022, la Commissione ha pubblicato uno dei primi risultati di questa revisione, identificando, tra le questioni critiche emerse dall'analisi della legislazione, la mancanza di adeguamento alle più recenti evidenze scientifiche e alle aspettative e preoccupazioni etiche dei consumatori, oltre alla mancanza di requisiti specifici di protezione per i pesci, ormai riconosciuti dalla scienza come esseri senzienti. Viene inoltre evidenziata la necessità di aggiornare le disposizioni normative esistenti per colmare le lacune legislative relative a determinate specie. *Commission staff working document fitness check of the EU Animal Welfare legislation*, 4.10.2022.

90 Calendario stimato nel Programma di Lavoro 2023 pubblicato il 18 ottobre del 2022 dalla Commissione Europea.

non è possibile parlare di senzienza in termini di certezza assoluta non per la presenza di evidenze contrarie, ma per l'attuale assenza di prove scientifiche definitive. Questa limitazione delle conoscenze attuali, si ritiene, piuttosto che giustificare l'inazione, dovrebbe spingere il legislatore europeo ad applicare il principio di precauzione, sancito dall'articolo 191 del TFUE, che prevede l'adozione di misure preventive di fronte a un potenziale rischio per la salute umana, animale o vegetale, o per la protezione dell'ambiente, anche in assenza di certezze scientifiche assolute⁹¹. Un intervento dell'UE in tal senso non solo colmerebbe una lacuna normativa, ma incentiverebbe anche il potenziamento della ricerca scientifica, contribuendo a consolidare le conoscenze e a fornire basi più solide per le politiche di tutela.

Parallelamente, il progresso scientifico si accompagna ad una crescente pressione sociale, alimentata dalla consapevolezza e sensibilità dei consumatori europei verso il tema del benessere animale, oltre che ad iniziative adottate da diversi Stati membri, che hanno già introdotto misure di tutela a livello nazionale e locale.

Questa convergenza di fattori - evidenze scientifiche, domanda sociale e iniziative statali - costituisce un'indicazione chiara e inequivocabile del percorso che il legislatore europeo dovrebbe intraprendere rispetto alla questione, dimostrando la propria capacità di agire in modo tempestivo e coerente.

L'Unione Europea, in quanto società basata sulla conoscenza e su politiche *evidence-based* (*knowledge-based society*)⁹², dovrebbe infatti avere la responsabilità di cogliere questi segnali e di farli propri, rispondendo in tal modo alle attese di una società in evoluzione, e dando al contempo un segnale di leadership globale nella promozione di standard più elevati di benessere animale, offrendo un modello cui altre giurisdizioni potrebbero ispirarsi.

Concludendo, integrare i crostacei decapodi nell'*acquis* comunitario sul benessere animale non significherebbe soltanto colmare un vuoto legislativo, ma costituirebbe un'affermazione concreta della volontà e dell'impegno dell'Unione Europea nel dare piena espressione ai suoi valori fondanti: etica, conoscenza e progresso.

91 Per un approfondimento di questa prospettiva, si rimanda a J. BIRCH, *Animal sentience and the precautionary principle*, in *Animal Sentience*, (2)16, 2017; R.C. JONES, *Fish Sentience and the Precautionary Principle*, in *Animal Sentience*, (3)10, 2016.

92 L'anno 2000 può essere identificato come una data simbolica, in cui il Vertice di Lisbona sottolineò la necessità che l'Europa accelerasse la propria transizione verso una «*società basata sulla conoscenza*». Consiglio Europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000 - Conclusioni della Presidenza.

RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE PER LA TUTELA AMBIENTALE E GARANZIE GIURISDIZIONALI. IL RILIEVO DELLE AREE PROTETTE

Caterina Adamo *

Abstract [ITA]: alla luce del riformato art. 9 Cost. che «*tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni*», il contributo prospetta un cambio di paradigma nel segno della solidarietà globale, dell'etica intergenerazionale e della responsabilità condivisa. In particolare, precisata la peculiare funzione delle aree naturali protette, si propone di esaminare la graduale emersione del principio di responsabilità intergenerazionale e l'eventuale tutela giurisdizionale dei posteri, rintracciando nelle aree protette il modello ideale di coesistenza armonica tra uomo e natura.

Parole chiave: articolo 9 Cost., tutela dell'ambiente, principio di responsabilità intergenerazionale

Abstract [ENG]: in light of the reformed art. 9 of the Constitution which «*protects the environment, the biodiversity and the ecosystems also in the interests of future generations*», the contribution shows a paradigm shift under the banner of global solidarity, intergenerational ethics and shared responsibility. In particular, having clarified the peculiar function of protected natural areas, it aims to examine the gradual emersion of the principle of intergenerational responsibility and the possible jurisdictional protection of posterity, tracing in protected areas the ideal model of harmonious coexistence between man and nature.

Key words: Article 9 Const., Environmental protection, principle of intergenerational responsibility

SOMMARIO: 1. Premessa 2. La funzione delle aree naturali protette: modello di coesistenza armonica tra uomo e natura 3. L'art. 9 della Costituzione alla luce della revisione costituzionale del 2022: la tutela dell'ambiente in prospettiva intergenerazionale 4. La graduale emersione del principio di responsabilità intergenerazionale 5. Meri doveri in capo alle generazioni presenti o situazioni giuridiche attive in capo alle generazioni future? 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Le Costituzioni moderne vivono attraverso il tempo ed esprimono la cultura di una realtà sociale. La modifica dell'articolo 9 della Costituzione ha messo in luce un tema che, nell'ambito



della giurisprudenza costituzionale, aveva già trovato attuazione, ossia il principio di responsabilità intergenerazionale. In particolare, la riforma costituzionale approvata in Parlamento l'8 febbraio 2022 ha introdotto - come noto - la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi fra i principi fondamentali della Carta costituzionale individuando quali destinatari di tale tutela, oltre alle generazioni presenti, le generazioni future.

In detto contesto, la tutela dell'ambiente, sorta a livello sovranazionale, è centrale nei progetti previsti nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza¹ che, in attuazione del *Next Generation EU*, prevede investimenti e riforme per attuare progetti di economia circolare e transizione ecologica. A livello sovranazionale, l'articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea prevede che l'Unione «*si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa*», basato «*su un livello elevato di protezione e sul miglioramento della qualità dell'ambiente*» e sulla «*solidarietà tra le generazioni*» e gli articoli 11 e 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea sanciscono rispettivamente che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente debbano essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile, e che la politica ambientale dell'Unione miri alla salvaguardia, alla protezione e al miglioramento della qualità dell'ambiente e della salute umana.

La protezione del paesaggio naturale, in ragione dell'espressa menzione nell'articolo 9 della Costituzione della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, diventa condizione essenziale per garantire la conservazione del territorio e degli equilibri ecologici in favore delle generazioni presenti e future.

Il presente contributo, pertanto, precisata la peculiare funzione delle aree naturali protette rispetto alle quali vengono in rilievo i diritti delle generazioni presenti e future, si propone di esaminare la graduale emersione del principio di responsabilità intergenerazionale e l'eventuale tutela giurisdizionale dei posteri.

2. La funzione delle aree naturali protette: modello di coesistenza armonica tra uomo e natura

¹ * Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Catania

Il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cd. PNRR, contenente proposte di riforma per il rilancio del Paese, è stato studiato e definito dal Governo e dal Parlamento, su richiesta dell'Unione Europea, per dar corso nel nostro Paese al *Next Generation EU*, adottato, con dotazione di risorse, dalla stessa Unione Europea al fine di dare delle risposte concrete alla grave crisi recessiva pandemica e, allo stesso tempo, per dare risoluzione alle debolezze economiche strutturali che da anni risultano presenti in Europa. Peraltro, l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile promossa dall'ONU definisce obiettivi di sviluppo sostenibile da raggiungere entro il 2030 al fine di garantire il benessere, lo sviluppo economico e la protezione dell'ambiente, anche affrontando temi quali la pace, lo Stato di diritto e il buongoverno, essenziali per la promozione e il raggiungimento dello sviluppo sostenibile.



Il riferimento, da parte del diritto, a concetti dell'ecologia e della biologia è, sulla base dell'innovazione del linguaggio della Carta costituzionale, innegabile. Il legislatore della riforma costituzionale, legando la tutela dell'ambiente, degli ecosistemi² e della biodiversità al concetto di responsabilità intergenerazionale, si mostra consapevole della esauribilità delle risorse e della finitezza della vita umana che rappresenta solo la tessera di un mosaico e che non può prescindere dalla tutela della diversità delle vite all'interno delle specie, tra le specie e tra gli ecosistemi.³

Negli ultimi decenni si è perpetrato un intenso ed irresponsabile uso, da parte dell'uomo, delle risorse ambientali tale da far presumere l'inesauribilità delle medesime. Ration per cui non sono mancate iniziative normative volte a regolare le condotte umane, ponendo vincoli all'azione di individui ed organizzazioni al fine di tutelare l'ambiente e, in particolare, salvaguardare i territori in cui sopravvivono condizioni di equilibrio e biodiversità, definite aree naturali protette.

Già l'accezione comune del termine ambiente fa riferimento ad una dimensione naturalistica richiamando la necessità di preservare la biodiversità e le condizioni di equilibrio dell'ambiente stesso.⁴

Dall'analisi dei lavori preparatori presso la Camera e il Senato e dai dossier di studi utilizzati in sede di dibattito parlamentare si desume che «l'ambiente è qui inteso nella sua accezione più estesa e sistemica: quale ambiente, ecosistema, biodiversità»; pertanto, l'ambiente ingloba una pluralità di ecosistemi, i quali a loro volta risultano necessariamente caratterizzati da biodiversità.⁵

In tale ottica l'istituzione delle aree protette risulta strutturalmente collegata alla protezione della natura che, in un rapporto di *species* a *genus*, viene ricondotta alla tutela dell'ambiente.⁶

2 Al plurale in quanto si è consapevoli della pluralità degli ecosistemi oggi esistenti.

3 M. MONTEDURO, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in Rivista quadri di diritto dell'ambiente, 1, 2022, p. 451.

4 C. TEOFILI - C. CLARINO, *Riconquistare il paesaggio. La Convenzione Europea del Paesaggio e la Conservazione della Biodiversità in Italia*, WWF Italia ONG ONLUS, Ministero dell'Istruzione, 2008. M. SAVIANO, *Le aree protette come modelli di sviluppo sostenibile nella transizione ecologica*, Giappichelli editore, Torino, 2021, p. 25.

5 G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 cost.*, in Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna n. 2, 2021, p. 467 ss.

6 P. PASSAGLIA - F. RAIA, *La protezione dell'ambiente nella disciplina delle aree protette*, in Quaderni del Dipartimento di diritto pubblico dell'Università di Pisa, Giappichelli, Torino 2006, pp. 68 ss. B. CARAVITA, *I Parchi nazionali tra protezione della natura e tutela ambientale: la Corte riscrive l'art. 83 d.p.r. n. 616 del 1977 e detta criteri per la legge quadro al legislatore*, in Giurisprudenza Costituzionale, 1988, pp. 4935 ss. A. SIMONCINI, *Ambiente e protezione della natura*, Padova, Cedam, 1996, p. 15.

Le aree protette sono aree naturali ove coesistono ecosistemi e biodiversità,⁷ luoghi in cui specie in via di estinzione trovano il loro habitat naturale.⁸ La legge quadro n. 394 del 6 dicembre 1991, che rappresenta la base normativa istitutiva delle aree naturali protette⁹, promuove una visione dell'ambiente quale patrimonio da conservare e facilita la comprensione del funzionamento eco sistemico della natura. La normativa in tema di aree protette,¹⁰ ispirata ai principi di conservazione, valorizzazione e promozione del territorio naturalistico e geologico, prevede uno speciale regime di gestione e di tutela del patrimonio naturale, caratterizzato dal rispetto e, se possibile, dal miglioramento di tali territori. Lo standard di tutela, che è uniforme sulla totalità del territorio nazionale, nel caso delle aree protette, non può essere compromesso da interessi differenti.

Invero, le aree naturali protette permettono di conservare la biodiversità, di proteggere gli ecosistemi fragili, di stimolare la ricerca scientifica, l'educazione ambientale e il turismo

7 Tra le fonti comunitarie emergono due direttive in materia: la direttiva 79/409/CEE, sulla tutela su alcune specie di uccelli selvatici, si propone di garantire la tutela di determinate specie animali, mediante la creazione di aree finalizzate alla protezione di habitat in cui tali specie hanno il proprio ambiente vitale (G.U.C.E. L. 25 Aprile 1979 n. 103); la direttiva 92/43/CEE, in tema di habitat naturali e seminaturali, ha costituito una rete ecologica europea coerente di zone speciali di conservazione chiamata Natura 2000 (G.U.C.E. L. 22 Luglio 1992 n. 206). Entrambe si prefiggono l'obiettivo di salvaguardare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali. La normativa eurounitaria sancisce l'obbligo degli Stati membri di creare un regime giuridico di protezione per alcune porzioni di territorio, sia in quanto habitat di specie da proteggere sia in quanto habitat naturali in se meritevoli di valorizzazione per la loro elevata naturalità. L'applicazione delle direttive habitat ed uccelli ha trovato terreno fertile in Italia. Infatti, circa il 65% degli habitat elencati all'allegato 1 della direttiva del 92 ed oltre il 30% delle specie animali e vegetali di cui all'allegato 2, sono presenti nel nostro Paese.

8 A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, 2018, p. 4. L. SALVEMINI, *Il nuovo diritto dell'ambiente tra recenti principi giurisprudenza creativa*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 3 ss. V. CELENZA, *Le aree naturali protette*, in L. MEZZETTI, *Manuale di diritto ambientale*, Cedam, 2001, pp. 595 ss.

9 L'Unione Internazionale per la Conservazione della Natura definisce le aree naturali protette come «*Uno spazio geografico chiaramente definito, riconosciuto, dedicato e gestito, attraverso mezzi legali o altri mezzi efficaci, per garantire la conservazione a lungo termine della natura con i servizi ecosistemici e i valori culturali associati*». Trattasi di territori ricchi di biodiversità che testimoniano la stretta correlazione tra uomo e natura e che necessitano una particolare forma di tutela giuridica. La giurisprudenza più recente ha adottato un'interpretazione estensiva del concetto di aree naturali protette, statuendo che lo stesso «*è più ampio di quello comprendente le categorie dei parchi nazionali, riserve naturali statali, parchi naturali interregionali, parchi naturali regionali e riserve naturali regionali, in quanto ricomprende anche le zone umide, le zone di protezione speciale, le zone speciali di conservazione ed altre aree naturali protette*».

10 Fino ai primi anni '70, la normativa che riguardava i parchi e le riserve naturali veniva riportata dalla dottrina e giurisprudenza ad una serie di materie connesse (quali, ad esempio, l'urbanistica, la tutela del paesaggio, la caccia e la pesca, l'agricoltura, il turismo); solo successivamente è stata ritenuta parte della più generale materia dell'ambiente e, per la prima volta, nel 1991 ha ricevuto una specifica normazione; con la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, che ha introdotto nella Costituzione il termine 'tutela dell'ecosistema', le aree naturali protette hanno raggiunto autonoma rilevanza.

sostenibile¹¹, di proteggere le risorse naturali per le generazioni future e di tutelare su scala globale la salute dell'ambiente e il benessere delle comunità umane, incentivando la collettività a godere della natura in modo responsabile.

In altre parole, le aree protette rappresentano un'eredità insostituibile da preservare per la salvaguardia dell'esistenza delle presenti e delle future generazioni. Esse rendono l'uomo consapevole del contesto in cui vive e delle conseguenze delle proprie azioni e sollecitano una riflessione profonda su un rapporto sano tra uomo e natura.¹²

Rappresentando il principale esempio di coesistenza armonica tra uomo e natura, le aree protette permettono di individuare la chiave per un altrettanto armonico equilibrio che renda sostenibile lo sviluppo delle attività umane. Detto equilibrio, che si auspica raggiungibile a livello globale, rappresenta il *locus amoenus* ove le esigenze dell'uomo e della natura riescono a contemperarsi.

La caratteristica delle discipline giuridiche consiste, allora, nell'offrire una tutela ambientale efficace, capace di agire settorialmente sul territorio al fine di raggiungere l'equilibrio tra le esigenze relative allo sviluppo industriale e civile della società, da un lato, e le esigenze relative alla conservazione dell'ambiente, dall'altro, evitando che l'uomo possa incidere in maniera eccessivamente invasiva sulla natura, danneggiandola.

Difatti, il sistema delle aree protette rafforza il concetto di responsabilità intergenerazionale introdotto con la riforma costituzionale del 2022 laddove permette di individuare un modo per garantire la permanenza dell'esistenza sulla Terra alle generazioni presenti e alle generazioni del futuro.

3. L'art. 9 della Costituzione alla luce della revisione costituzionale del 2022: la tutela dell'ambiente in prospettiva intergenerazionale

Come è noto, la già citata riforma costituzionale non si è limitata ad affiancare la tutela ambientale alla preesistente tutela del paesaggio ma si è altresì premurata di inserire fra i principi fondamentali della Costituzione la tutela della biodiversità e degli ecosistemi, sancendo la rispettiva tutela in ottica intergenerazionale.

Nonostante alcune voci autorevoli¹³ non abbiano accolto favorevolmente l'espressa menzione della tutela ambientale nell'alveo dei principi fondamentali della Carta

¹¹ Offrono opportunità per il turismo sostenibile, consentendo alle persone di godere della natura in modo responsabile, generando anche entrate che possano essere reinvestite nella gestione e nella conservazione delle aree protette.

¹² M. SAVIANO, *Le aree protette come modelli di sviluppo sostenibile nella transizione ecologica*, op. cit., p. 26.

¹³ A. RIVIEZZO, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, in Quaderni costituzionali, 2, 2021, p. 316.
C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale dell'"ambiente": un profilo critico*, Rivista Giuridica dell'Edilizia,

costituzionale, la dottrina maggioritaria ha riconosciuto alla riforma una forte valenza civica e sociale.¹⁴ Dalla revisione si può evincere la volontà del legislatore costituzionale di superare la concezione di un diritto ambientale esclusivamente informato agli interessi e ai diritti umani¹⁵ e di sancire esplicitamente (almeno) il dovere, in capo alla Repubblica¹⁶, di tutelare l'ambiente (in senso lato) in quanto tale.¹⁷

In tale ottica sistemica, l'elevazione a principi costituzionali¹⁸ di tali lemmi sancisce una nuova strutturazione intersoggettiva tra ordinamento, individui e natura¹⁹, che ha condotto persino a chiedersi se, in concreto, la tutela della natura sia soggetta al bilanciamento con altri

fasc.2, 1 aprile 2022, pp. 119 ss. F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it*, paper, 23 giugno 2021, p. 2. G. SEVERINI - P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa, modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021. M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2021, pp. 285, 296.

14 I. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021.

15 M.P. POTO, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 3, 1 marzo 2022, p. 1057.

16 Il riferimento alla Repubblica permette di individuare quali destinatari del compito di tutelare l'ambiente, gli ecosistemi e la biodiversità lo Stato, ma anche le Regioni e tutti gli enti e le istituzioni pubbliche, in base al riparto di competenze già elaborato con la riforma costituzionale n. 3 del 2001, con la quale per la prima volta la parola "ambiente" è stata inserita nel testo costituzionale.

17 Contestualmente alla modifica dell'articolo 9 della Costituzione, al fine di garantire una effettiva protezione del bene ambiente, il legislatore della riforma è intervenuto sull'articolo 41 della Costituzione per porre un limite giuridico allo sviluppo economico incontrollato, in quanto l'iniziativa economica non deve danneggiare, tra gli altri, gli interessi ambientali. Ne segue che l'ambiente, nella veste di principio ispiratore, si configura come scopo al quale indirizzare e coordinare l'attività economica. Sulla scia di tale innovazione il legislatore può determinare programmi e controlli volti ad indirizzare e a coordinare l'iniziativa economica anche ai fini ambientali. La scelta del legislatore di introdurre nell'articolo 41 Cost. i limiti di "ambiente" e "salute", antepoendoli volutamente a quelli già vigenti, ha portato parte della dottrina a ritenere esistente una sorta di gerarchia dei valori all'interno delle restrizioni apportionabili alla libertà di impresa. Tuttavia, ad avviso di altra parte della dottrina e di giurisprudenza maggioritaria, così non è. A conferma di ciò, la giurisprudenza costituzionale, che ha messo in luce la necessità di individuare un punto di equilibrio tra esigenze economico-produttive e tutela della salute e dell'ambiente, ha sconfessato fermamente una gerarchia tra i diritti fondamentali. In particolare, nel caso ILVA, la Corte cost., con la pronuncia del 9 maggio 2013 n. 85, ha precisato che «(T)utti 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». La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra di loro» (sentenza n. 264/2012). Diversamente, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Inoltre, in una successiva pronuncia, la Corte ha precisato che i valori costituzionali devono essere «ponderati nella misura strettamente necessaria ad evitare il completo sacrificio di uno di essi nell'ottica di un tendenziale principio di integrazione».

18 S. GRASSI, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2023.

19 M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 2017, pp. 486-521.



interessi e diritti²⁰, come diffusamente sostenuto in dottrina e sancito dalla giurisprudenza costituzionale,²¹ ovvero se si possa addirittura affermare quale vero e proprio principio fondamentale tiranno e, come tale, non bilanciabile con altri diritti e valori.²²

Tale riforma, integrando e rafforzando principi costituzionali già implicitamente esistenti nell'ordinamento giuridico nazionale, si propone di adeguare i medesimi ai cambiamenti profondi della realtà tanto rilevanti da far parlare di Antropocene²³ quale nuova era.²⁴

È indubbio che la nozione di ambiente fosse già da tempo entrata nella nostra Costituzione sia a livello giurisprudenziale²⁵ sia a livello normativo (nell'ambito della modifica dell'articolo 117 della Costituzione avvenuta con la riforma del Titolo V del 2001²⁶). In particolare, nel corso degli ultimi decenni sia la Corte di Cassazione sia, soprattutto, la Corte costituzionale (attraverso interpretazioni estensive ed evolutive degli articoli 9 e 32 della Costituzione)²⁷ hanno progressivamente riconosciuto la protezione dell'ambiente quale finalità prioritaria dell'ordinamento giuridico, collocandola nell'alveo degli interessi pubblici nazionali.²⁸ Invero, il giudice delle leggi, partendo dal concetto di paesaggio, è giunto a sostenere che l'ambiente sia un bene giuridico²⁹ da tutelare e che la sua protezione rappresenti un diritto fondamentale della persona, oltre che un valore costituzionale primario, unitamente a quello della salute individuale e collettiva.

20 Si ritiene infatti che non esistano diritti tiranni e che, diversamente, tutti gli interessi vadano bilanciati: tutti i diritti fondamentali si trovano in rapporto di integrazione reciproca e la rispettiva tutela è sempre sistemica.

21 Corte cost. su caso Ilva, 9 maggio 2013 n. 85.

22 G. AMENDOLA, *L'inserimento del diritto all'ambiente nella Costituzione all'esame del Senato*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2019, f. 6, pp. 1-7.

23 La nozione di Antropocene, la cui paternità viene assegnata al premio Nobel per la Chimica Paul Crutzen, designa l'era geologica contemporanea in cui l'impatto ecologico dell'umanità sta determinando un radicale cambiamento dell'atmosfera e, in generale, un degrado delle basi naturali della vita sulla terra. Allo stato attuale le istituzioni sociali, economiche e politiche si trovano di fronte alla esigenza di fermare (o almeno rallentare) una traiettoria di sfruttamento delle risorse naturali che va oltre la capacità di rigenerazione degli ecosistemi globali.

24 D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 7-31, 234-235. D. AMIRANTE, *L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo, Fascicolo Speciale*, maggio 2019, pp. 19-20.

25 Corte cost. 28 maggio 1987 n. 201; Corte cost., 30 febbraio 1987 n. 641; Cass., Sez. Un., 9 marzo 1979 n. 1463; Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1979 n. 5172. Anche il Consiglio di Stato (con le pronunce Cons. Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2001 n. 9; Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2009 n. 5232) ha riconosciuto che l'art. 9 Cost. tutela il paesaggio-ambiente come espressione di un principio fondamentale dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo e si sviluppa la persona umana.

26 La legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 con la modifica dell'articolo 117 ha inserito la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, senza elevare però tali lemmi a principi costituzionali.

27 Corte cost. n. 210/1987 e n. 641/1987.

28 C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale dell'"ambiente": un profilo critico*, op. cit., p. 119.

29 B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, il Mulino, 1990, p.43.



Inoltre, le norme “costituzionali” dei Trattati dell'Unione europea offrono, nel silenzio delle Costituzioni nazionali degli Stati membri dell'Unione, una base positiva³⁰ per fondare la tutela dell'ambiente e, con esso, degli ecosistemi e della biodiversità.³¹

La collocazione del principio ambientale e del principio di responsabilità intergenerazionale nella prima parte della Carta costituzionale sancisce la tutela di tali beni come irrinunciabile, non solo quale direttiva per il legislatore e parametro di legittimità per il giudice delle leggi, ma, altresì, quale norma precettiva idonea a fondare le decisioni dei numerosi soggetti operanti nell'ordinamento giuridico.³²

In altri termini, la riforma ambientale, in linea con le riforme di altri Paesi, europei e non³³, comporta l'onere in capo ai consociati di proteggere l'ambiente, e con esso gli ecosistemi e la biodiversità, in ottica intergenerazionale, imponendo alla collettività di vivere il presente tenendo lo sguardo rivolto al rispetto delle generazioni successive in una logica di solidarietà, equità e responsabilità intergenerazionale. Ed è proprio il principio intergenerazionale a rappresentare l'autentica novità della riforma costituzionale del 2022.

5. La graduale emersione del principio di responsabilità intergenerazionale

La riforma costituzionale del 2022, legando la tutela ambientale anche all'interesse delle generazioni future, solleva non poche questioni.

Il principio di responsabilità intergenerazionale, inteso quale dovere delle generazioni presenti di garantire alle generazioni future uguali opportunità di vita e di sopravvivenza, trova le sue radici nella filosofia di Hans Jonas che in una sua opera sosteneva *«agisci in modo tale che gli effetti della tua azione siano compatibili con la continuazione di una vita autenticamente*

30 A. CIANCIO, *Perché un diritto costituzionale europeo? Quattro brevi risposte a partire dalle elezioni del 2019*, in *Federalismi.it*, 11, 5 giugno 2019.

31 Tra i quali meritano menzione l'articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali europea, rubricato Tutela dell'ambiente, oggi parte integrante del Trattato di Lisbona (art. 6); l'articolo 11 TFUE che sancisce il principio di integrazione, riconoscendo all'ambiente carattere trasversale.

32 Ne discende che il dovere di tutelare tali beni non può più essere trascurato neppure dal mondo dell'impresa e del lavoro.

33 In numerose Carte costituzionali di Paesi europei ed extraeuropei sono rinvenibili singoli articoli o interi capi dedicati alla protezione dell'ambiente. La formalizzazione del diritto all'ambiente è una prerogativa delle Costituzioni adottate dagli anni Settanta, allorché la questione ambientale ha iniziato ad emergere. Le Costituzioni della Spagna (1978), del Portogallo (1976) e della Grecia (1975) prevedono una disposizione espressamente dedicata all'ambiente; altri Paesi, come l'Ucraina, la Moldavia, la Polonia e la Repubblica Slovacca, tutelano l'ambiente secondo lo schema “diritto del cittadino-dovere dello Stato”; altri, ancora, come la Russia, tutelano l'ambiente in modo autonomo; nella Carta costituzionale brasiliana vi è un intero capo dedicato alla tutela ambientale; nella Costituzione del Perù l'ambiente è riconosciuto quale diritto fondamentale; nella Costituzione colombiana è un servizio pubblico di cui lo Stato è responsabile. E, ove non vi è un esplicito riconoscimento in Costituzione, le Corti costituzionali hanno influenzato il campo interpretativo dei vari ordinamenti giuridici.

umana»³⁴. Ne deriva che la responsabilità, rappresentando la consapevole assunzione di motivazioni circa le conseguenze del proprio agire, obbliga le generazioni presenti a garantire alle generazioni future la permanenza dell'esistenza nel mondo³⁵.

A livello globale, negli ultimi decenni, si è affermata la necessità di salvaguardare l'ambiente, gli ecosistemi e la biodiversità a tutela dei posteri. Difatti, nel corso del secolo scorso numerose scienze giuridiche internazionali, prima fra tutte la tutela ambientale, sono state reinterpretate alla luce dell'etica della responsabilità.

Nello studiare le relazioni tra uomo e natura non si individua alcuna dominazione dell'umanità nei confronti della biosfera, bensì un rapporto di servizio e cura: «*It is at least not senseless anymore to ask whether the condition of extrahuman nature as a whole and in its parts, now subject to our power, has become a human trust [...]. It would mean to seek not only the human good, but also the good of things extrahuman [...]*».³⁶ Secondo l'A., infatti, i doveri di servizio e cura della biosfera devono tradursi in politiche pubbliche e collettive volte alla protezione delle generazioni future.³⁷

Il concetto di solidarietà intergenerazionale, invero, non è recente.

La citata formula è comparsa per la prima volta nella Carta delle Nazioni del 1945 come impegno dei popoli della Terra di preservare le generazioni future dal flagello della guerra.

Nel corso della Conferenza di Stoccolma su *L'Ambiente Umano* si è poi messo in luce il bisogno di prospettive e principi comuni al fine di ispirare e guidare i popoli del mondo verso una conservazione e un effettivo miglioramento dell'ambiente umano.³⁸

34 H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Torino, 1990, p. 30.

35 S. PRATESI, *Generazioni future? Una sfida per i diritti umani*, Torino, 2008, p. 17.

36 H. JONAS, *The imperative of responsibility: In search of an ethics for the technological age*, University of Chicago Press, 1985, p. 8.

37 A. LO GIUDICE, *Antropocene e giustizia climatica: l'importanza di un'etica della responsabilità*, in *Teoria e Critica della regolazione sociale*, 2, Mimesis, Milano, 2020, p. 119.

38 Dichiarazione delle Nazioni Unite alla Conferenza "su L'Ambiente Umano" tenutasi a Stoccolma da 5 a 16 giugno 1972 secondo cui «*La protezione ed il miglioramento dell'ambiente è una questione di capitale importanza che riguarda il benessere dei popoli e lo sviluppo economico del mondo intero; essa risponde all'urgente desiderio dei popoli di tutto il mondo e costituisce un dovere per tutti i governi*». «*Sarà necessario che tutti, cittadini e collettività, imprese ed istituzioni ad ogni livello, assumano le loro responsabilità e si dividano i rispettivi compiti. Gli uomini di tutte le condizioni e le più diverse organizzazioni possono, sulla base dei lavori da essi stessi ammessi e dall'insieme dei loro atti, determinare l'ambiente futuro. Le autorità locali e i governi avranno la responsabilità principale delle politiche e dell'azione che dovranno essere adottate, in materia di ambiente nei limiti della propria giurisdizione. È altresì necessaria la cooperazione internazionale per riunire le risorse al fine di aiutare i paesi in via di sviluppo ad assumere le loro responsabilità in questo campo. Un numero sempre più elevato di problemi di ambiente, di portata regionale o mondiale, o che concernono il campo internazionale comune, esigerà una cooperazione fra i paesi e una azione da parte delle organizzazioni internazionali nell'interesse di tutti. La Conferenza chiede ai governi e ai popoli di unire i loro sforzi per preservare e migliorare l'ambiente nell'interesse dei popoli e delle generazioni future*».

Ancora, nel 1982 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato la Carta Mondiale della Natura definendo per la prima volta il principio di precauzione secondo il quale le attività che rischiano di causare danni irreversibili alla natura devono essere evitate.

Successivamente, il principio di solidarietà intergenerazionale, legato alla tutela ambientale, ha trovato riscontro nel Rapporto Brundtland del 1987³⁹ e nella Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future nell'ambito della Conferenza generale dell'ONU del 1997⁴⁰.

Infine, tale principio è divenuto parte del preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che prevede una declinazione del dovere di tutela delle generazioni future sancendo *«che il godimento dei diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali e sovranazionali fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future»*.

39 Adottato dalla Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo istituita in seno alle Nazioni Unite nel 1983.

40 La Conferenza generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura, riunitasi a Parigi dal 21 ottobre al 12 novembre 1997 nella sua 29esima sessione *«Prendendo in considerazione le disposizioni del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottati il 16 dicembre 1966, così come la Convenzione sui diritti del bambino, adottata il 20 novembre 1989. Preoccupata per la sorte delle generazioni future di fronte alle sfide cruciali del prossimo millennio, Consapevole che, in questo stadio della storia, l'esistenza stessa dell'umanità e il suo ambiente sono minacciati, Sottolineando che il pieno rispetto dei diritti dell'uomo e degli ideali della democrazia costituiscono una base essenziale per la protezione dei bisogni e interessi delle future generazioni, Affermando la necessità di stabilire nuovi, equi e globali legami di partenariato e di solidarietà fra le generazioni come pure di promuovere la solidarietà intergenerazionale per la comunità dell'umanità, Ricordando che le responsabilità delle generazioni presenti nei confronti delle generazioni future sono già state evocate nei diversi strumenti, quali la Convenzione relativa al patrimonio mondiale, culturale e naturale adottata dalla Conferenza generale dell'Unesco il 16 novembre 1972, la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento del clima e la Convenzione sulla diversità biologica, adottate a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992, la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo adottata dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo il 14 giugno 1992, la Dichiarazione e il Programma di azione di Vienna adottati dalla Conferenza Mondiale sui diritti dell'uomo il 25 giugno 1993, come pure le risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sulla protezione del clima mondiale per le generazioni presenti e future adottate dal 1990, Determinata a contribuire alla soluzione dei problemi mondiali attuali attraverso una rafforzata cooperazione internazionale, a creare delle condizioni affinché i bisogni e gli interessi delle generazioni future non siano compromessi dal peso del passato ed a trasmettere un mondo migliore alle future generazioni, Decisa ad operare affinché le presenti generazioni prendano interamente coscienza delle responsabilità verso le generazioni future, Riconoscendo che il compito consistente nell'assicurare, particolarmente attraverso l'istruzione, la protezione dei bisogni e interessi delle generazioni future costituisce una dimensione fondamentale della missione etica dell'Unesco il cui Atto istitutivo è dedicato all'ideale "di giustizia, libertà e pace" fondato sulla "solidarietà intellettuale e morale dell'umanità", Constatando che la sorte delle future generazioni dipende in gran parte dalle decisioni e misure prese oggi e che i problemi attuali, tra i quali la povertà, l'insufficiente attrezzamento materiale e tecnologico, la disoccupazione, l'esclusione, la discriminazione e le minacce all'ambiente devono essere risolti nell'interesse delle generazioni presenti e future, Convinta che un obbligo morale s'impone per le generazioni presenti di formulare delle regole di condotta e di comportamento in una prospettiva largamente aperta verso il futuro, Proclama solennemente in questo dodicesimo giorno di novembre 1997 la presente Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future»*.

Si desume, pertanto, a livello internazionale e sovranazionale la necessità di proteggere l'ambiente a tutela dei posteri.

Alla luce di tale quadro normativo, i legislatori di oggi sono tenuti a considerare le conseguenze che le loro decisioni producono nel futuro. Nel panorama europeo, invero, oltre dieci Costituzioni contengono almeno un riferimento al principio di solidarietà intergenerazionale nel contesto ambientale. Sulla scia dell'art. 20-A della *Grundgesetz* tedesca⁴¹, che rappresenta il principale esempio di costituzionalizzazione del riferimento alle generazioni future, la riforma costituzionale del 2022 è intervenuta valorizzando il concetto di tutela di un diritto nell'interesse delle generazioni future secondo una logica solidaristica, prospettica ed intertemporale,⁴² così da definire una pianificazione strategica di lungo periodo.⁴³

In realtà, già prima della citata riforma, la giurisprudenza costituzionale, con numerose pronunce, aveva riconosciuto la necessità di conservazione dell'ambiente per le presenti e per le future generazioni,⁴⁴ anche avallando la logica dei vasi comunicanti tra il presente e il futuro.⁴⁵

In tale scenario, la riforma dell'articolo 9 della Carta costituzionale, sancendo la tutela dell'ambiente (in senso lato) quale valore costituzionale esplicitamente riconosciuto, propone una questione di bilanciamento tra interessi sia secondo una prospettiva intragenerazionale sia, soprattutto, secondo una prospettiva intergenerazionale. In particolare, quest'ultima, che identifica la responsabilità tra diverse generazioni, impone sovente un bilanciamento tra interessi delle presenti generazioni e quelli delle future.

Ad avviso di una parte della dottrina contemporanea, la logica della responsabilità intergenerazionale ha fondamento nell'articolo 2 della Costituzione laddove sancisce un'adesione consapevole e attiva al significato necessariamente intertemporale dei principi

41 L'art. 20-A Grundgesetz tedesca, rubricato Protezione dei fondamenti naturali della vita e degli animali, sancisce che «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».

42 N. OLIVETTI RASON - C. SARTORETTI, *La disciplina dell'ambiente nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, in A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI RASON (Cura), *Introduzione al diritto ambientale*, Laterza, Roma, 2017, p. 4.

43 A. MATTOSCO, *La tutela ambientale in Costituzione*, in *Diritti comparati Comparare i diritti fondamentali in Europa*, 10 marzo 2022.

44 Corte cost. 11 dicembre 2012 n. 288: «nell'apprestare cioè una «tutela piena ed adeguata», capace di assicurare la conservazione dell'ambiente per la presente e per le future generazioni, lo Stato può porre limiti invalicabili di tutela (sentenza n. 378 del 2007). A tali limiti le Regioni devono adeguarsi nel dettare le normative d'uso dei beni ambientali, o comunque nell'esercizio di altre proprie competenze, rimanendo unicamente libere di determinare, nell'esercizio della loro potestà legislativa, limiti di tutela dell'ambiente anche più elevati di quelli statali».

45 Corte cost. n. 11/2023.

fondamentali della Carta costituzionale.⁴⁶ In particolare, sulla scia di tale impostazione, le norme costituzionali ambiscono a plasmare il futuro in senso (almeno dichiaratamente) migliorativo rispetto alle condizioni dell'oggi.⁴⁷ E se si ritiene che – come dice Edmund Husserl – «chi progetta il futuro rivela fiducia nel futuro», il costituzionalismo deve (almeno) non peggiorare il futuro e renderlo possibile in condizioni non deteriori rispetto al presente. I sostenitori di tale logica ritengono che l'inviolabilità dei diritti rappresenti un esempio emblematico della qualità transgenerazionale di alcuni principi fondamentali della Costituzione.⁴⁸ Pertanto, i diritti, come anche le strutture della democrazia e lo Stato, devono considerare tanto gli interessi del tempo presente quanto gli interessi del tempo futuro.

Già Santi Romano nel 1909⁴⁹ scriveva: «Lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce a unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto. Soltanto così esso [...] si eleva al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli e armonizzandoli; si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva espressione [...]». Si evince che, almeno teoricamente, lo Stato sia tenuto ad occuparsi (anche) del futuro, in quanto ha l'onere di considerare le conseguenze sul futuro delle decisioni che vengono prese nei tanti presenti che si succedono.⁵⁰

Alla luce di tale impostazione, si desume che l'obiettivo del costituzionalismo contemporaneo sia tutelare tanto l'interesse delle generazioni presenti quanto l'interesse delle generazioni future, imponendo una responsabilità in capo a chi vive nel presente.⁵¹ Da questo punto di vista la riforma, inserendo nel testo costituzionale una nuova dimensione temporale (secondo alcuni il futuro di chi ancora deve nascere, secondo altri il futuro dei bambini di oggi), permette alla Costituzione italiana di stare al passo con il costituzionalismo globale contemporaneo, rimediando alla precedente assenza di categorie giuridiche pensate per la responsabilità intergenerazionale.⁵²

46 D'ALOIA, *Costituzione e protezione generazioni future*. in F. Ciaramelli, F.G. Menga (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future*, Napoli, 2017, p. 295.

47 R. BIFULCO, *Il disincanto costituzionale*, Milano, 2015, pp. 105-106.

48 D'ALOIA, *Costituzione e protezione generazioni future*., op. cit., p. 294.

49 S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1990, p. 381.

50 D'ALOIA, *Costituzione e protezione generazioni future*., op. cit., pp. 294 ss.

51 R. BIFULCO - D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

52 R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, gennaio-marzo 2022, pp. 22 ss.

Il principio di responsabilità intergenerazionale, nato quale principio morale nell'ambito della filosofia di Hans Jonas, è divenuto, dopo un lungo cammino, principio giuridico e, secondo i più, con la riforma costituzionale del 2022, parametro di bilanciamento costituzionale.⁵³

6. Meri doveri in capo alle generazioni presenti o situazioni giuridiche attive in capo alle generazioni future?

Con l'avvento della riforma costituzionale sorgono nuovi conflitti che interessano la plurale articolazione dei valori in cui la società si riconosce. In tale contesto, il diritto costituzionale è chiamato a dare ordine e promuovere soluzioni che proiettino le norme verso il futuro.⁵⁴ Diventa imprescindibile, alla luce della riforma costituzionale, la necessità di elaborare norme attuative che possano garantire l'effettività della tutela dell'ambiente, e con esso degli ecosistemi e della biodiversità.

In dottrina, l'etica della responsabilità e dei doveri tra generazioni non sovrapposte solleva interrogativi ed evidenzia falle.

A fronte di coloro che hanno accolto con favore la costituzionalizzazione della logica di responsabilità nei confronti delle generazioni future, altri, di contro, ne hanno rilevato la vaghezza negando la possibilità di individuare un diritto o un interesse delle generazioni future⁵⁵, in quanto si tratta di «*un 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*».⁵⁶

In particolare, ci si chiede a chi si riferisca l'innovata disposizione costituzionale con la formula «generazioni future»; se, ove si riconosca l'esistenza di un dovere in capo alle generazioni presenti, sia necessario enucleare altresì l'esistenza di un diritto alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi in capo alle generazioni future; ancora, se possano esistere doveri pendenti tra generazioni non sovrapposte; e, infine, se l'introduzione di una tale clausola garantisca una effettiva tutela per le generazioni future.

53 M. L. SICILIANO, *Il patrimonio culturale digitale. Le nuove frontiere della valorizzazione e fruizione nell'ottica dello sviluppo intergenerazionale*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2023, p. 462.

54 S. GRASSI, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, p. 7.

55 L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020, pp. 1-470. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 122 ss. T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2016. D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, pp. 155 ss.

56 F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, op. cit. p. 4.



Preliminarmente pare necessario valutare a chi si riferisca l'innovata disposizione costituzionale con la formula «generazioni future» e se le generazioni future siano centro di imputazione di interessi.

Con tale nozione, il legislatore costituzionale potrebbe voler indicare soggetti esistenti allo stato attuale, coloro che oggi sono bambini, che godono di capacità giuridica e che al compimento della maggiore età acquisiranno la capacità di agire per la tutela dei loro diritti, ovvero soggetti che non sono ancora nati, e che pertanto non godono né di capacità giuridica né, tanto meno, di capacità di agire. Se si aderisce alla tesi secondo cui le generazioni future siano i bambini di oggi, la questione riguarderebbe il garantire tutela ad un soggetto giuridico attualmente esistente ma carente di titolarità a far valere i propri diritti. Se si aderisce, diversamente, all'impostazione secondo cui le generazioni future siano coloro che non sono ancora nati, emergerebbe la volontà del legislatore di riconoscere un'attitudine *ad hoc* in capo a soggetti non ancora esistenti, rivoluzionando l'assetto costituzionale vigente ante riforma. Ma, alla luce degli attuali principi dell'ordinamento, potrebbe riconoscersi una capacità giuridica anche in capo ad un soggetto non nato, addirittura non concepito?⁵⁷

Secondo Oristano «l'ostacolo ad ammettere diritti senza soggetto, ostacolo effettivo sul piano logico e come tale non superabile, non ha in sé nulla di assoluto, ma dipende esclusivamente dalla concettualizzazione di una serie di situazioni giuridiche in termini di diritto soggettivo, nonché dal modo in cui questo è stato definito e dalla posizione che gli è stata data nella costruzione del 'sistema'». ⁵⁸

La nuova formulazione dell'articolo 9 della Costituzione sembra, ad avviso di chi scrive, prospettare un ampliamento del concetto di capacità giuridica in quanto, come tradizionalmente inteso, non garantirebbe tutela a favore delle generazioni future e conseguentemente l'innovazione dell'articolo 9 risulterebbe vana. Tuttavia, allo stato attuale, non ci sono i presupposti per sancire una tale novità che, certamente, sarebbe rivoluzionaria del sistema odierno.

Inoltre, occorre verificare se la disposizione sancisca meramente doveri e responsabilità, che graverebbero sulle generazioni presenti in favore dei posteri, ovvero se determini altresì la nascita di situazioni giuridiche soggettive attive in capo alle generazioni future.

⁵⁷ Come sancito dall'articolo 1 c.c., nell'ordinamento giuridico italiano le persone fisiche acquistano la capacità giuridica al momento della nascita. Con "nascita" si fa riferimento al distacco del nato dal grembo materno, anche quando subito dopo la nascita segua la morte o il nato sia destinato a morte sicura. Sovente si è posta la questione relativa all'eventuale capacità del concepito. La questione, che interessa diversi aspetti della definizione del soggetto giuridico e diverse concezioni riguardo la rilevanza giuridica della vita, è fonte di nutrite disquisizioni dottrinali. Si ritiene diffusamente in dottrina e giurisprudenza che il nascituro concepito, ossia il feto nel grembo materno abbia diritto a concorrere alla successione *mortis causa* e a ricevere per donazioni ma non sia titolare di capacità giuridica.

⁵⁸ R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in Jus, 1960, pp. 149 ss.

Se, per esistere, i diritti necessitano di qualcuno che li possa esercitare e che possa reagire laddove si verifichi una loro violazione, parlare di diritti delle generazioni future appare giuridicamente inaccettabile.⁵⁹

Orientamenti della letteratura contemporanea, alla luce dei principi di solidarietà e responsabilità intergenerazionale e sulla scia di numerose Costituzioni europee, ritengono che l'innovato articolo 9 della Costituzione imporrebbe unicamente la nascita di doveri in capo alle generazioni presenti. Il principio solidarista posto a fondamento di tali posizioni scaturisce dall'articolo 2 della Costituzione laddove sancisce la richiesta di adempiere ai «*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*». Tale principio determina il riconoscimento di doveri in capo ai medesimi titolari dei diritti, in virtù della mera appartenenza alla società in cui vivono e della quale devono ritenersi responsabili.⁶⁰ Sulla base di tali premesse il valore costituzionale legato alla tutela dell'ambiente, in virtù del principio solidarista, individua l'esistenza di doveri di tutela della natura in capo a coloro che oggi esistono.⁶¹ Peraltro, anche alla luce della filosofia di Rudolf Von Jhering, potrebbe ricondursi la formula «*interesse delle generazioni future*» al lato passivo del diritto soggettivo, sancendo in capo a quest'ultimo un vincolo ovvero una limitazione giuridica; seguendo tale impostazione il soggetto passivo potrebbe esistere anche laddove il soggetto attivo sia provvisoriamente mancante.⁶²

Di conseguenza la responsabilità intergenerazionale di cui all'articolo 9 della Costituzione imporrebbe all'ordinamento giuridico di sancire vincoli e obblighi, nel momento presente, in capo alle generazioni presenti, al fine di garantire una effettiva tutela dell'ambiente in favore dei posteri. In tale scenario, alcuni beni, anche se costituiti per la protezione di soggetti non ancora esistenti, secondo una logica solidaristica, risulterebbero meritevoli di tutela in chiave intertemporale e prospettica.⁶³

59 F. CIARAMELLI - F.G. MENGA, *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto all'etica e alla politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, pp. 365 ss.

60 E. ROSSI, Art. 2, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (Cura), *Commentario alla Costituzione*, I, Articoli 1-54, UTET, Padova, 2006, pp. 54 ss. F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (Cura), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 575.

61 M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2019, p. 278.

62 Così, nell'interpretazione di Orestano (op. cit., 156), un argomento di R. VON JHERING contenuto in un lungo saggio del 1873, *Passive Wirkungen der Rechte* (ora in ID., *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, II, Jena, 1882, 178 ss.). A. GOSSERIES, *Lo scetticismo sui diritti delle generazioni future è giustificato?*, in R. BIFULCO - A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, pp. 29-39; G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino, 2016, cap. 15.

63 C. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005, 58, 192 ss., pp. 197-198.



Sul punto, un orientamento della dottrina contemporanea rintraccerebbe nell'ambito dell'istanza intergenerazionale doveri di giustizia e, nello specifico, doveri di non penalizzare eccessivamente le condizioni di vita e di equilibrio ambientale della posterità.⁶⁴

Sulla base di tali premesse, quindi, non esisterebbero situazioni giuridiche attive, come tradizionalmente interpretate, in capo alle generazioni future, bensì meri doveri (di tutela) in capo alle generazioni presenti.

Non manca, però, nell'ambito della letteratura nazionale contemporanea, chi, nel termine "interesse", rintraccia l'esistenza di una situazione giuridica attiva quale atteggiamento del singolo ovvero di una collettività rispetto ad un contrapposto bisogno umano meritevole di tutela.⁶⁵

L'articolo 2 della Costituzione, già considerato quale fondamento dell'impostazione solidaristica, è considerato fondamento giuridico anche del principio personalista laddove sancisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo...», accertando la preesistenza dei diritti inviolabili dell'individuo rispetto alla nascita dello Stato. Ne discende che, se si ritiene che i diritti fondamentali inviolabili siano preesistenti alla nascita dello Stato, i medesimi devono necessariamente avere carattere intergenerazionale.⁶⁶ Del resto, la proiezione intergenerazionale dei diritti fondamentali sembra l'unica capace di risolvere le

64 A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, op. cit. G. PALOMBELLA, *Ragioni di giustizia, diritti e 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*, Napoli, 2008, pp. 8-9. F. CIARAMELLI, F.G. MENGA, *Responsabilità verso le generazioni future, una sfida al diritto all'etica e alla politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

65 A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 2001, pp. 160 ss.

66 V. DE SANTIS, *Eredità culturale e responsabilità intergenerazionale*, in R. BIFULCO – A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, op. cit., p. 536 ricorda che «il preambolo alla Dichiarazione universale dei diritti umani afferma che "il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà della giustizia e della pace nel mondo". Il riferimento a tutti i membri della famiglia umana conferisce una dimensione a-temporale ai diritti inalienabili. Il riconoscimento di eguali ed inalienabili diritti conferma l'uguaglianza tra i membri delle varie generazioni nella famiglia umana. Il concetto di famiglia e quello di Nazione agevolano il compito di leggere il rapporto tra le generazioni come un "contratto" -fittizio –ma pur sempre un "patto" che lega l'umanità». A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO – A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, op. cit., p. 94, secondo il quale dalle caratteristiche riconosciute ai diritti fondamentali deriverebbe che gli stessi «non valgano solo per alcuni popoli (sono dunque universali); non possano essere fruiti solo "in parte", perché in questo campo tout se tient (sono dunque indivisibili); non possano essere goduti realmente –a ben vedere –se non sono fruiti insieme e da tutti (sono dunque interdipendenti) e, infine, non appartengano solo alla attuale generazione dei viventi (sono dunque intergenerazionali)».



numerose contraddizioni derivanti dalla non identità delle generazioni non sovrapposte poiché prescinde dal contesto nel quale l'uomo svolge la sua personalità.⁶⁷

Seguendo tale impostazione, la responsabilità di ciascuna generazione nei confronti dell'altra sarebbe veicolata dal principio di reciprocità, con le generazioni presenti che dovrebbero garantire alle generazioni successive la parità dei diritti fondamentali di cui godono e la parità di chances⁶⁸ di realizzare il proprio ideale di diritto.⁶⁹ Più che in altri contesti, i diritti ambientali, oggetto di tutela in chiave intergenerazionale, possono identificarsi quali diritti sociali in quanto la pretesa individuale deve necessariamente confrontarsi con le esigenze della collettività nel tempo e nello spazio.⁷⁰

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, si potrebbe affermare che con la riforma costituzionale del 2022 la tutela ambientale abbia ottenuto piena cittadinanza fra i principi fondamentali del nostro ordinamento e, di conseguenza, che esista una situazione giuridica soggettiva attiva, relativa alla tutela dell'ambiente, in capo alle generazioni future.

Tuttavia, avanzata tale tesi, gli interrogativi non vengono meno in quanto, aderendo a tale impostazione ci si chiede quale sarebbe la situazione giuridica attiva tutelata dall'articolo 9 della Costituzione, che tipo di processo giurisdizionale dovrebbe essere avviato per la tutela degli interessi delle generazioni future e quale soggetto sarebbe legittimato a far valere tale tutela in giudizio.

67 G. PALOMBELLA, *Ragioni di giustizia, diritti e 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*, op. cit., pp. 27 e 28, secondo cui «coniugare il nostro rapporto con le generazioni future in termini di diritti umani significa sottrarre le questioni di giustizia che vi sorgono al prevalere di altri principi, alle contingenze delle scelte di valore, al volubile ed incoercibile amore, e ai poteri delle maggioranze politiche. (...) Se consideriamo le generazioni future come titolari di diritti, i nostri doveri verso di esse non sono astrattamente minori né maggiori di quelli che abbiamo verso i nostri contemporanei. Si comprende che il riferimento rilevante riguarda qui esclusivamente i diritti umani, e non altre categorie concettuali e storiche che gli ordinamenti riferiscono ai soggetti viventi, e naturalmente non predica l'anteposizione dei diritti umani delle generazioni future a quelli delle generazioni presenti. Piuttosto pone l'umanità come un problema indivisibile, in cui il passato e il futuro incidono sulle priorità e le forme di intervento, non però sull'an delle nostre responsabilità quando si tratta di minacce fondamentali per l'umanità».

68 I. A. NICOTRA, *L'ingresso della ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, n. 21/2016, secondo cui «la giustizia sociale tra generazioni impone, infatti, che una generazione organizzi i propri affari in modo da astenersi dal porre i componenti delle progenie a venire in condizioni peggiori di quelle presenti».

69 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*, 1 giugno 2022.

70 G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, 1997, p. 98, «proprio la più recente generazione dei diritti, i diritti all'ambiente, esalta un'intrinseca contraddizione del modello rights-based, perché semmai la tutela dell'ecosistema presuppone una limitazione delle pretese individuali e implica doveri».

Fino alla riforma costituzionale del 2022 si è parlato, nell’ambito del diritto ambientale, unicamente della tutela dell’ambiente quale interesse diffuso⁷¹ e, in seguito al processo di entificazione, quale interesse collettivo⁷², ammettendo tale forma di tutela solo laddove si registri un atto di esercizio del potere pubblico lesivo di un interesse legittimo ovvero, in alcune ipotesi tassative, di un diritto soggettivo.⁷³ Invero, sia enti riconosciuti⁷⁴ sia associazioni spontanee, purché rispondenti a specifici requisiti,⁷⁵ sono legittimati ad agire in giudizio per

71 L’espressione “interessi diffusi” identifica situazioni giuridiche soggettive indifferenziate, in quanto facenti capo alla generalità dei consociati. Trattasi di interessi adespoti, interessi volti al conseguimento o al mantenimento di un bene della vita facente capo ad una collettività indifferenziata. Esempi di interessi diffusi possono essere l’interesse alla salubrità dell’aria e dell’acqua e, in generale, come nel caso di specie, l’interesse alla tutela dell’ambiente, di modo che il carattere diffuso dell’interesse si giustifica in considerazione della natura del bene cui l’interesse è sotteso (a godimento indifferenziato).

72 Tuttavia, trattandosi di interessi adespoti, si sono sovente posti problemi di tutela giurisdizionale. In virtù di un processo di soggettivizzazione ed entificazione, si è iniziato a parlare, con riferimento all’interesse ambientale, non più di interesse diffuso bensì di interesse collettivo. Tale processo conferisce la titolarità degli interessi collettivi alle organizzazioni di tipo associativo, riconoscendo loro la legittimazione ad agire per la tutela non già di interessi particolaristici dei singoli componenti ma di interessi unitariamente riferibili alla categoria considerata.

73 Il tema degli interessi diffusi è strettamente connesso a quello della rappresentatività in giudizio degli stessi all’interno del processo amministrativo. Con la legge istitutiva del Ministero dell’ambiente (legge 349/1986) le associazioni di protezione ambientale e i comitati di categoria possono rappresentare gli interessi dei propri consociati. Il Cons. di Stato, Sez. V, con pronuncia del 25 agosto 2023 n. 7952, conferma anche la legittimazione ad agire per i comitati spontanei che agiscono in ambito territoriale più circoscritto, anche ove costituiti in occasione dell’evento scatenante. In particolare, la giurisprudenza amministrativa sancisce che escludere tutte le formazioni sociali costituite *ad hoc*, ossia tutte quelle che sorgono “in occasione” di determinati eventi lesivi, significherebbe escludere la gran parte di tali organismi associativi dalla possibilità di invocare tutela dinanzi ai preposti organi di giustizia, il che risulterebbe contrario rispetto ai principi contenuti nelle disposizioni internazionali, costituzionali e legislative. In realtà, il meccanismo delineato dal legislatore del 1986 prevede una legittimazione rappresentativa solo per le associazioni individuate con decreto del Ministero dell’ambiente, ossia inserite in un apposito albo e solo se rispondenti a specifici requisiti di legge, quali la vocazione nazionale dell’associazione o la presenza in almeno cinque regioni, accanto ad una valutazione delle finalità programmatiche, della democraticità dell’ordinamento interno nonché della continuità e rilevanza esterna dell’azione di programma. Accanto al riconoscimento *ex lege* di una rappresentatività in giudizio degli enti esponenziali di interessi collettivi individuati per decreto, la giurisprudenza amministrativa, nel corso nel tempo, ha esteso la rappresentatività anche a quegli enti non formalmente riconosciuti dal Ministero bensì rispondenti a dei criteri sostanziali secondo la logica del doppio binario. Emerge così la possibilità di accordare un riconoscimento di tipo sostanziale a quelle associazioni che, da un punto di vista istituzionale, perseguono in maniera continuativa e non occasionale il fine della tutela di un interesse afferente ad una collettività ben determinata. Inoltre, si ritiene operante anche il criterio della *vicinitas*, in virtù del quale la legittimazione a partecipare al procedimento e al processo, e di conseguenza a rappresentare gli interessi di cui l’ente è portatore, è subordinata anche al riscontro di un collegamento di tipo territoriale tra l’interesse collettivo che si assume pregiudicato e l’ambito operativo dell’associazione medesima.

74 Tra gli enti riconosciuti si annoverano gli ordini professionali e le associazioni ambientaliste previste dagli artt. 13 e 18 della L. 349/1986 istitutiva del Ministero dell’ambiente.

75 In particolare, perseguire non occasionalmente obiettivi di tutela ambientale; possedere un elevato grado di stabilità e rappresentatività; avere un’area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso (criterio della *vicinitas*).



la tutela dell'ambiente.⁷⁶ In particolare, la situazione giuridica azionata per la tutela degli interessi ambientali è relativa ad interessi diffusi che risultano sprovvisti di protezione finché un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo non li incarna.⁷⁷

Per dare risposta ai quesiti sopra citati occorre, innanzitutto, qualificare la tipologia di situazione giuridica attiva che, in seguito alla riforma costituzionale in parola, possa riconoscersi in capo alle generazioni future in quanto, a seconda se si ritiene che l'articolo 9 della Costituzione sancisca un diritto soggettivo ovvero un interesse legittimo in capo alle generazioni future, la giurisdizione, in caso di controversia, ricadrebbe sul Giudice ordinario piuttosto che sul Giudice amministrativo. Tuttavia, in tale contesto, giova ricordare che presupposto indefettibile della giurisdizione del Giudice amministrativo sia il previo esercizio di un'azione amministrativa da parte della Pubblica amministrazione.

Segnatamente, nonostante alcuni orientamenti⁷⁸ rintraccino la giurisdizione del Giudice amministrativo ove l'esercizio di un potere della Pubblica amministrazione determini la lesione di un diritto fondamentale, la Corte di Cassazione⁷⁹ è unanime nell'affermare che laddove si verifichi una lesione della tutela ambientale, trattandosi di un diritto fondamentale dell'individuo, la giurisdizione spetti, in ogni caso, al Giudice ordinario.⁸⁰

In effetti, la questione riguarderebbe sia il nucleo duro dei diritti fondamentali, evocato dalla Corte costituzionale anche nel noto caso Ilva a controbilanciare la massima apertura nella relativizzazione dei valori costituzionali⁸¹, sia il limite del margine di apprezzamento prospettato dalla Corte Edu⁸², oltre il quale i diritti fondamentali non entrano in conflitto con

76 Per completezza espositiva si precisa che, quanto alle aree protette, la rispettiva gestione e tutela spetta sovente ad enti governativi, organizzazioni non governative e agenzie ambientali a livello locale, nazionale ovvero internazionale. In tale contesto, sulla base di scelte nazionali o regionali, la legittimazione ad agire in giudizio per la tutela delle aree protette ricade su enti diversi. Infatti, anche organizzazioni internazionali come l'UNESCO, attraverso il programma «*Man and the Biosphere Programme*» o l'*International Union for Conservation of Nature*, possono essere coinvolte nella gestione e nella tutela di alcune aree protette dislocate in tutto il mondo.

77 La giurisprudenza amministrativa è unanime nell'affermare che tali enti agiscono per azionare un diritto proprio (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 6/2020).

78 Cons. Stato, Sez. VIII, 12 aprile 2016, n. 7; Cons. Stato, Sez. IV, 3 agosto 2023, n. 7503. V. anche sul tema M. A. DI NEZZA, *Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*, in convegno "Giustizia al Servizio del Paese", tenutosi a Palermo il 12 e 13 ottobre 2023, Corteconti n. 6/2023.

79 Cass. civ., Sez. Un., n. 10063/2023; Cass. civ., Sez. Unite, Ordinanza, n. 18540/2023; Cass. civ. sul diritto alla salute 1436/1979, Cass. civ., Sez. Un. 15115/2013.

80 G. MONTEDORO, *Prospettive di riforma della giustizia amministrativa*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 170.

81 Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58.

82 Corte Edu, sez. I, Cordella e altri c. Italia, 24 gennaio 2019, ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15.



gli interessi generali e recuperano la loro dimensione, ridotta ma non depotenziata, di incomprimibilità.⁸³

Orbene, indipendentemente dalla tipologia di situazione giuridica soggettiva attiva e dal Giudice munito di giurisdizione, allo stato attuale manca nel nostro ordinamento un soggetto giuridico che possa agire in giudizio per la tutela delle generazioni future. Ad avviso di chi scrive, l'individuazione di un soggetto di diritto, munito di legittimazione ed interesse ad agire, che possa tutelare le generazioni future, riguarda una questione tecnica meramente legata a scelte procedurali dei soggetti dell'ordinamento giuridico. Ne discende che, fintanto che non vi sarà un intervento chiarificatore del legislatore che individui un soggetto titolare della tutela dell'ambiente nell'interesse delle generazioni future, il novellato articolo 9 risulterà privo di attuazione pratica.

Anche alla luce della tutela ambientale quale interesse collettivo e della individuazione della titolarità ad agire in giudizio in capo ad enti muniti di specifici requisiti, potrebbe valutarsi l'idea di attribuire ai medesimi enti, titolari di interesse e di legittimazione della tutela ambientale, il diritto (e dovere) di tutelare altresì l'interesse delle generazioni future sulla base del principio di sussidiarietà. Tuttavia, anche in tale eventualità, risulterebbe necessario un intervento *ad hoc* del legislatore atteso che, in base alla normativa attuale, gli enti riconosciuti e le associazioni spontanee, nel richiedere la tutela giurisdizionale a favore dell'ambiente, agiscono per il riconoscimento di un interesse proprio. Pertanto, pur se si decidesse di riconoscere la titolarità della situazione giuridica soggettiva legata alle generazioni future in capo a specifici enti, l'azione eventualmente promossa da tali enti collettivi "anche" a tutela dell'interesse dei posteri dovrà pur sempre essere volta alla difesa di un interesse o di un diritto proprio che, per poter essere azionato, deve essere preventivamente riconosciuto espressamente dal legislatore.

6. Considerazioni conclusive

L'elevazione della tutela ambientale a principio fondamentale della Costituzione, in chiave prospettica, solidarista ed intergenerazionale, rappresenta la novità della riforma del 2022. Tuttavia, nella prassi, emerge la necessità di stabilizzare il livello di tutela ambientale così da escludere la possibilità di eccessive oscillazioni giurisprudenziali in sede di bilanciamento con valori ed interessi contrapposti.⁸⁴

Come abbiamo lungamente anticipato, le aree naturali protette sono laboratori viventi di sperimentazione di modelli di sviluppo sostenibile. Queste, promuovendo una visione

83 E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, *Questione giustizia*, Trimestrale promosso da Magistratura democratica, 1/2021.

84 D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, op. cit., p. 267.



dell'ambiente quale patrimonio da conservare e stimolando la comprensione del funzionamento eco sistemico della natura, individuano la chiave per un armonico equilibrio che renda sostenibile lo sviluppo delle attività umane e rappresentano una delle soluzioni possibili agli attuali ed irrisolti conflitti tra interessi ambientali da un lato e interessi sociali ed imprenditoriali dall'altro. In altre parole, le aree protette rappresentano un'opportunità per promuovere in modo diffuso la sostenibilità e dare attuazione alla riforma costituzionale valorizzando la dimensione intertemporale.

In tale scenario, la tutela dell'ambiente è anche tutela del «mondo futuro»⁸⁵. Le Costituzioni moderne, che vivono attraverso il tempo e che veicolano i principi di solidarietà e responsabilità, rappresentano l'esito di patti intergenerazionali allorché considerano il concetto di generazioni future. Ed è proprio il principio di responsabilità intergenerazionale, che obbliga le generazioni presenti a garantire alle generazioni future la permanenza dell'esistenza nel mondo, a rappresentare l'autentica novità della riforma del 2022; invero, la tutela ambientale nell'interesse dei posteri può trovare attuazione mediante l'instaurazione di un nuovo rapporto tra uomo e natura che, sulla scia di quanto avviene ove vi è un'area protetta, assicuri una sana ed armonica coesistenza di uomo, ecosistemi e biodiversità sulla Terra.

In tale contesto, l'intervento del legislatore, essenziale per aggiornare il tessuto costituzionale alle esigenze della società contemporanea e promuovere misure idonee a reagire all'emergenza ambientale attuale, deve essere un punto di partenza in vista di un reale costituzionalismo ambientale che possa trovare attuazione nella quotidianità di ogni essere umano.⁸⁶ Difatti, il riconoscimento di diritti e doveri fondamentali, tra i quali quello di proteggere l'ambiente, deve necessariamente avvenire mediante la relativa costituzionalizzazione, in tal modo dando concretezza a quel concetto di etica della responsabilità che rappresenta uno dei capisaldi del diritto ambientale contemporaneo.⁸⁷

Tuttavia, come qualsivoglia principio costituzionale, anche il principio che introduce in modo generico un diritto, un interesse o anche un mero dovere di difesa dell'ambiente, per essere effettivo, richiede di essere attuato in regole che permettano di "amministrarlo" attraverso gli strumenti dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto.⁸⁸ Pertanto, è indubbio che l'aggiornamento della legislazione ambientale di dettaglio sia indispensabile per dare effettiva attuazione alla citata riforma costituzionale.

85 D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, op. cit., p. 250.

86 D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, op. cit., p. 267.

87 M.P. POTO, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, op. cit., p. 1057. R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13, 2022, pp. 187 ss.

88 C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale dell'"ambiente": un profilo critico*, op. cit., p. 119.



TUTELA DELL'AMBIENTE E GIUSTIZIA CLIMATICA IN INDIA: VERSO UN DIRITTO (COSTITUZIONALE) AL CLIMA?

Luigi Colella

Abstract: il saggio si propone di analizzare i rapporti tra tutela dell'ambiente e della giustizia climatica nell'esperienza indiana nel prisma del diritto costituzionale e ciò senza trascurare l'analisi del formante legislativo e giurisprudenziale. In particolare si è inteso dedicare un focus sul recente contributo della Corte suprema indiana nell'affermazione di un nuovo diritto (costituzionale) ad essere libero dagli effetti negativi del cambiamento climatico anche attraverso l'esegesi del caso giudiziario *MK Ranjitsinh & Ors. v. Union of India & Ors.*

Abstract: the essay analyses the relationship between environmental protection and climate justice in the Indian experience through the prism of constitutional law and the analysis of the legislative and jurisprudential formant. In this framework, it was intended to focus on the contribution of the Indian Supreme Court in the affirmation of a new (constitutional) right to be free from the negative effects of climate change also through the exegesis of the recent case *MK Ranjitsinh & Ors. v. Union of India & Ors.*

*I cambiamenti climatici sono un problema globale con gravi implicazioni ambientali, sociali, economiche, distributive e politiche, e costituiscono una delle principali sfide attuali per l'umanità.
(Papa Francesco, Enciclica "Laudato Si", Sezione 25)*

SOMMARIO: 1. La giustizia climatica e l'Antropocene: profili etici, ecologici e giuridici – 2. La tutela dell'ambiente e il cambiamento climatico nella Costituzione indiana – 3. Ambiente e "diritto climatico" nell'ordinamento giuridico indiano: una normativa "in fieri" – 4. La giurisprudenza indiana e il cambiamento climatico: la *Public Trust Doctrine* (come teoria ecologica) a difesa del clima – 5. Prime note sul diritto



(costituzionale) al clima nel caso *MK Ranjitsinh & Ors. v. Union of India & Ors* – 5.1 Transizione climatica e tutela della biodiversità: un “ménage possible” – 6. Il 2024 (un anno caldo) all’insegna della giustizia climatica: brevi riflessioni a margine della COP 29 di Baku.

1. La giustizia climatica e l’Antropocene: profili etici, ecologici e giuridici

Il clima è senza dubbio un bene comune¹, una risorsa preziosa che ha sempre condizionato lo “stato di salute” del pianeta e di conseguenza influenzato, inevitabilmente, lo stile di vita di tutti degli esseri viventi. Non è un caso che il grande filosofo Voltaire lo considerava, alla pari dei governi e delle religioni, come un fattore in grado di esercitare una costante influenza sul destino degli uomini².

L’epoca in cui viviamo, come è noto, costituisce il periodo storico in cui l’essere umano, con le sue attività e comportamenti quotidiani, riesce ad incidere su processi geologici con modifiche territoriali, strutturali e climatiche di notevole rilevanza. In questo tempo, definito da molti studiosi come era dell’Antropocene³, l’origine umana – “antropica” – del cambiamento climatico non può più essere messa in dubbio, tanto che tutti i sistemi di conoscenze, comprese le scienze politiche e giuridiche, sono investite della responsabilità di ricercare un rimedio al fenomeno climatico antropogenico per governarne i suoi sviluppi ed evitare la catastrofe⁴. Di fronte a questa necessità occorre dunque guarire da quella “Grande cecità”⁵ di cui parla Amitav Ghosh e prendere così consapevolezza che solo un “patto tra le

1 L. MERCALLI-A. GORIA, *Clima bene comune*, Mondadori, 2016.

2 P. JENKINS, *Climate, catastrophe and faith*, Oxford University Press, 2021.

3 P. CRUTZEN, *Benvenuti nell’Antropocene. L’uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, Mondadori, 2005; sul punto anche si v. N. CASTREE, *The Anthropocene and Geography I: The back story*, in *Geography Compass*, 2014, Vol. 8, N. 7, p. 436; Si v. E. P. SCHIOPPA, *Antropocene. Una nuova epoca per la Terra, una sfida per l’umanità*, Il Mulino, 2021, secondo cui viviamo un’epoca segnata da una indelebile impronta umana. Il riscaldamento globale, l’alterazione dei normali cicli biogeochimici, la perdita di biodiversità, l’irreversibile trasformazione di *habitat* e paesaggi impongono sfide completamente nuove. Nonostante le conseguenze irreversibili per il pianeta, di recente l’Unione Internazionale delle Scienze Geologiche (IUGS), dopo decenni di dibattito, ha deciso di non riconoscere all’Antropocene, una fase caratterizzata dalle tracce della presenza umana sul pianeta, un posto speciale nella storia geologica del pianeta Terra. A tal proposito, si v. A. WITZE, *Geologists reject the Anthropocene as Earth’s new epoch after 15 years of debate But some are now challenging the vote, saying there were ‘procedural irregularities’*, *Nature*, 6 marzo 2024, <https://www.nature.com/articles/d41586-024-00675>.

4 D. AMIRANTE, *Aspettando la catastrofe. L’emergenza climatica fra storia della scienza e filosofia*, in G. LIMONE (a cura di), *Il pudore delle cose, la responsabilità delle azioni, L’era di Antigone. Quaderno di Scienze filosofiche, sociali e politiche*, Franco Angeli, 2019, pp. 143-151; G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 2019, N. 1, p. 177 ss.

5 A. GHOSH, *La grande cecità. Il cambiamento climatico e l’impensabile*, Neri Pozza, 2017.



generazioni” può costituire il punto di partenza per vincere la complessità della sfida climatica.

Tracciando brevemente alcune tappe significative che hanno caratterizzato il “tempo della crisi climatica” degli ultimi decenni, va detto che sul piano internazionale, già la *Convenzione quadro sui cambiamenti climatici* (Rio, 1992) ha posto in rilievo la necessità di stabilizzare le concentrazioni dei gas serra in atmosfera ad un livello che impedisca interferenze pericolose delle attività umane con il sistema climatico (art. 2). Proprio con questa Convenzione inizia a farsi strada il concetto di “*governance climatica*”⁶ che impone ai sistemi politico-amministrativi contemporanei di assicurare, attraverso una moltitudine di azioni, politiche e strumenti amministrativi, la lotta contro i cambiamenti globali indotti dal modello economico-industriale dominante.

Con gli Accordi di Parigi del 2015 si è intrapreso, così, un percorso di cambiamento a livello globale sotto l’egida delle Nazioni Unite, avviando una strategia globale effettiva a difesa del clima e dell’ambiente⁷. In altri termini, si è inteso incentivare, a vari livelli, un percorso orientato alla sostenibilità economica e alla neutralità climatica⁸, al fine di trasformare le problematiche climatiche e le sfide ambientali in opportunità, rendendo la transizione più equa e inclusiva per tutti.

In questa cornice, le attuali politiche internazionali e statali in materia di ambiente e difesa del clima devono tendere ad assicurare un dovere degli Stati e della comunità internazionale di assicurare la c.d. “giustizia climatica”⁹, intesa come «principio etico per cui si costituisce una condizione di parità ed uguaglianza dei diritti, dei doveri e delle risorse di fronte ai

6 J. MEADOWCROFT, *Climate Change Governance*, World Bank Policy Research Working Paper No. 4941, 2009, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1407959>. Secondo questo studio la *governance* del cambiamento climatico pone sfide difficili per i sistemi politico-amministrativi contemporanei. Questi sistemi si sono evoluti per gestire altri tipi di problemi e ora, invece, devono essere adattati per gestire le questioni emergenti di mitigazione e adattamento al cambiamento climatico. Sulla *governance* climatica e sui rapporti tra diritto e scienza si v. L. COLELLA, *La governance climatica e la mission dei “Comitati consultivi” per il clima. Esperienze europee*, in *Queste istituzioni*, 2024, N. 1, p. 44 ss.

7 In particolare si v. E. RONCHI-T. FEDERICO et al., *La svolta dopo l’accordo di Parigi – Italy Climate report 2016*, Fondazione per lo sviluppo sostenibile, 2016 in: http://www.fondazionevilupposostenibile.org/f/Documenti/2016/Italy_Climate_Report_2016.pdf.

8 In base alle conoscenze scientifiche nessun pozzo di assorbimento artificiale è oggi in grado di rimuovere la necessaria quantità di carbonio dall’atmosfera indispensabile per combattere il riscaldamento globale; pertanto, risulta fondamentale ridurre le emissioni di carbonio alla fonte in un’ottica preventiva e anticipatoria per poter raggiungere la neutralità climatica, intesa come l’equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti dei gas a effetto serra. Nell’insieme dell’UE l’equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti dei gas a effetto serra disciplinati dalla normativa unionale è raggiunto, al più tardi, nel 2050, così da realizzare l’azzeramento delle emissioni nette entro tale data. Sul principio di neutralità climatica, si v. L. TROIANI-A. CROSTHWAITE (a cura di), *Neutralità climatica e decarbonizzazione*, Biblion, 2023.

9 S. M. GARDINER, *Climate Justice*, in J. S. DRYZEK -R. B. NORGAARD-D. SCHLOSBERG (Eds), *The Oxford Handbook of Climate Change and Society*, Oxford University Press, pp. 309-322 (2011).

cambiamenti climatici di dimensione locale e planetaria, in particolare quelli negativi, nei quali ha un forte impatto l'azione umana».¹⁰

Secondo il Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla "*Giustizia climatica*" del 2017, il più ampio «concetto di giustizia climatica conferisce ai cambiamenti climatici mondiali una dimensione etica e politica, e non solo strettamente ambientale. Più in generale, il concetto di giustizia climatica, riconosce l'esigenza di considerare l'equità dell'impatto, spesso sproporzionato, dei cambiamenti climatici sui cittadini e sulle comunità sia nelle economie in via di sviluppo che in quelle sviluppate, riconoscendo anche che le categorie più vulnerabili e più povere sono spesso quelle che ne subiscono l'impatto maggiore anche se sono le meno responsabili delle emissioni che tale impatto determinano». Come ha rilevato, infatti, l'IPCC nel suo rapporto intitolato *Urgent climate action can secure a liveable future for all* del 2023, «la giustizia climatica è fondamentale perché coloro che hanno contribuito meno al cambiamento climatico sono stati colpiti in modo sproporzionato»¹¹.

Oggi quasi metà della popolazione mondiale, difatti, vive in regioni altamente vulnerabili al cambiamento climatico e proprio in India il nesso tra crisi climatica e disuguaglianze socioeconomiche e politiche è alla radice di "ingiustizie climatiche". Per decenni, centinaia di migliaia di poveri indiani sono morti prematuramente a causa di livelli inaccettabilmente elevati di inquinamento dell'aria e dell'acqua: si stima che, solo nel 2019, circa 2,3 milioni di persone in India hanno perso la vita a causa dell'aria tossica¹². I recenti livelli di inquinamento atmosferico, registrati a novembre 2024 nella capitale Nuova Delhi¹³ – 60 volte superiori alla soglia massima stabilita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità – hanno confermato la presenza di una emergenza ambientale che si inserisce in un quadro più ampio di crisi climatica globale. L'inquinamento atmosferico e il riscaldamento globale sono, infatti, due facce della stessa medaglia, poiché condividono molte delle stesse cause e conseguenze.

Secondo un autorevole studio curato da Prakash Kashwan e dedicato alla giustizia climatica in India¹⁴, interrogarsi sulla giustizia climatica in un paese come l'Unione indiana, dove le disuguaglianze sono profonde, significa affrontare le ragioni di queste disuguaglianze che affondano le radici nella socio-ecologia del paese, nella creazione dello Stato postcoloniale e

10 Si v. il vocabolario *Treccani*, voce "*giustizia climatica*", [https://www.treccani.it/vocabolario/giustizia-climatica_\(Neologismi\)](https://www.treccani.it/vocabolario/giustizia-climatica_(Neologismi)).

11 Si v. il rapporto *Urgent climate action can secure a liveable future for all*, reperibile su https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/press/IPCC_AR6_SYR_PressRelease_en.pdf.

12 Si veda, sul punto, uno studio della rivista scientifica *Lancet* ha rilevato che l'inquinamento ha causato oltre 2,3 milioni di morti premature in India solo nel 2019, sul punto si veda il link [https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196\(22\)00090-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196(22)00090-0/fulltext).

13 Si v. sul punto il link <https://www.thehindu.com/news/cities/Delhi/delhis-air-quality-remains-severe-plus-for-second-consecutive-day/article68884520.ece>

14 P. KASHWAN, (a cura di), *Climate Justice in India*, Cambridge University Press, 2024.

nella riorganizzazione neoliberista contemporanea. Di fronte a questi problemi, indagare sui temi della giustizia climatica in India, significa analizzare anche alcuni aspetti legati all'uguaglianza e alla giustizia socio-economica, di casta e di genere, e alle caratteristiche ambientali dei territori, sino a verificare in che termini tutti questi fattori svolgano un ruolo centrale nel processo di adattamento e mitigazione del clima.

In questa cornice, lo studio dell'esperienza giuridica indiana, come si cercherà di dimostrare in questo breve studio, consente di ricavare nella definizione di giustizia climatica almeno tre distinte dimensioni costituzionali. Una prima dimensione è sicuramente quella *etico-sociale* che si pone come obiettivo principale il perseguimento costante di una equità sociale e di una giustizia redistributiva, fondamento anche della responsabilità intergenerazionale. Questa dimensione impone la necessità di coniugare obiettivi climatici con quelli strettamente sociali al fine di perseguire una "transizione giusta ed equa". La seconda dimensione è quella strettamente *ecologico-ambientale* che si pone come fondamento delle politiche di sostenibilità ambientale e di transizione energetica cui fanno da *pendant* le politiche di tutela e recupero della biodiversità. La terza ed ultima dimensione è quella più propriamente *politico-istituzionale*, poiché attiene, in particolare, al dovere costituzionale dello Stato e dei poteri pubblici di assicurare la protezione dell'ambiente e del clima, da un lato, e la garanzia del diritto umano al clima, dall'altro.

L'esperienza indiana, a cui è dedicato questo breve contributo, dimostra come per l'affermazione di un diritto costituzionale al clima sia necessario sempre di più coniugare la dimensione etico-sociale della giustizia climatica con quella ecologico-ambientale, senza tralasciare, però, quella politico-istituzionale. In questa prospettiva, si è inteso focalizzare l'attenzione sui rapporti tra giustizia climatica e tutela ambientale in India attraverso l'analisi e il contributo dei formanti legislativo e giurisprudenziale, quest'ultimo considerato di estrema importanza per l'affermazione dei diritti umani legati al cambiamento del clima nelle esperienze giuridiche del *Global South*.

Dal punto di vista metodologico, come si vedrà nei paragrafi che seguono, si è ritenuto necessario analizzare *in primis* la cornice costituzionale della tutela ambientale, analizzando i rapporti tra ambiente e responsabilità climatica; si è osservato, successivamente, l'impronta della produzione normativa nei vari settori delle politiche ambientali, focalizzando l'attenzione sui recenti sviluppi della legislazione climatica (ancora *in fieri*). In ultima analisi, si è posto l'accento sulla centralità del contenzioso climatico¹⁵ e sull'importanza del formante giurisprudenziale per l'affermazione di un più giovane diritto (costituzionale) al clima.

15 Si pensi che il *Global Climate Litigation Report* del 2023 conta un totale di 2.180 ricorsi depositati in più di 65 giurisdizioni ovvero dinanzi ai tribunali internazionali. Per un approfondimento, si v. <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2023-status-review>.

2. La tutela dell'ambiente e il cambiamento climatico nella Costituzione indiana

La “giustizia climatica”, nelle sue tre dimensioni (*etico-sociale, ecologico-ambientale e politico-istituzionale*) trova fondamento nella Costituzione indiana¹⁶ e, segnatamente, negli articoli dedicati alla tutela del diritto alla vita e al principio di uguaglianza, ma anche in quelli dedicati al dovere di protezione e difesa dell'ambiente.

Come ha avuto modo di sottolineare la dottrina¹⁷, la Costituzione indiana del 1950, nella sua formulazione originaria, non prevedeva alcun obbligo di protezione dell'ambiente in capo allo Stato, sebbene il popolo indiano, come insegnano due grandi pensatori, quali Gandhi e Ambedkar, avesse da sempre considerato il rispetto della natura e delle risorse ambientali come un dovere etico e sociale¹⁸.

Dopo quasi tre decenni di indipendenza, il legislatore indiano, con il quarantaduesimo emendamento costituzionale del 1976, ha previsto, all'art. 48A, che lo Stato si deve adoperare per proteggere e migliorare l'ambiente e salvaguardare le foreste e la fauna selvatica del paese. La clausola (g) dell'articolo 51A stabilisce, come ha avuto modo di far notare Amirante nei suoi studi sul costituzionalismo ambientale¹⁹, che è «*dovere di ogni cittadino indiano proteggere e migliorare l'ambiente naturale, comprese le foreste, i laghi, i fiumi e la vita selvaggia, e avere compassione per le creature viventi*». Le due disposizioni, come è noto, sono inserite nella Parte IV della Costituzione, dedicata ai “*principi direttivi della politica statale*”, in cui sono enunciati i diritti sociali ed economici (dopo la parte III in cui, invece, trovano ospitalità i diritti fondamentali).

Come è noto, la più importante caratteristica dei “principi direttivi” consiste nella loro non diretta giustiziabilità da parte delle Corti, atteso che non sono precetti vincolanti ma disposizioni che le Corti possono utilizzare, a fini interpretativi, nelle loro decisioni e che, in molti casi, orientano anche il legislatore nella produzione normativa. Sebbene le due richiamate disposizioni non affermino espressamente un diritto soggettivo all'ambiente, i supremi giudici, ripercorrendo gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali più autorevoli,

16 Per un approfondimento sulla Costituzione indiana e le sue caratteristiche si veda D. AMIRANTE, *India*, Il Mulino, 2007; Id., *Origine, struttura e caratteri generali della Costituzione Indiana*, in D. AMIRANTE, C. DECARO, E. PFÖSTL (a cura di), *La Costituzione dell'Unione indiana*, Giappichelli, 2013, 3.; Id., *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bup, 2015, 50 ss. Si veda anche D. AMIRANTE (a cura di), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Cedam, 2019.

17 Sul punto si v. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Il Mulino, 2022.

18 V. M. RAVI KUMAR, *Contested Ecology: A Study on Gandhi and Ambedkar Debate from Ecological Perspective*, in *IJRAR*, 2018, Vol. 5, N. 4, pp. 1812-1822.

19 Sul punto si v. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit, p. 217.

riconoscono, ad oggi, l'esistenza di un diritto costituzionale ad un ambiente sano, ancorando la tutela ambientale agli artt. 14 e 21 della Costituzione²⁰.

Nell'esperienza giuridica indiana, come si dirà più in avanti, il potere giudiziario ha svolto un ruolo cruciale nell'applicazione della protezione ambientale e gli studiosi indiani concordano, sostanzialmente, sul riconoscere il ruolo della Corte Suprema nella fondazione e nel consolidamento del diritto ambientale, sottolineando anche il carattere "creativo" della sua giurisprudenza, sia sotto il profilo sostanziale che procedurale²¹. Grazie all'istituto della *Public Interest Litigation* (P.I.L.)²² è, infatti, consentito adire le giurisdizioni superiori, le *High Courts* statali e la Corte Suprema federale, in caso di violazione di diritti fondamentali (come quelli ambientali), senza limiti di accesso²³, assumendo, per la sua ampiezza ed effettività, le proporzioni di una *Social Action Litigation*, come sostiene Baxi²⁴.

Nella storica sentenza che ha definito il caso *M.C. Mehta*²⁵, infatti, gli artt. 48A e 51A(g) sono stati interpretati alla luce dell'art. 21 della Costituzione²⁶, secondo cui nessuna persona può essere privata della vita e della libertà se non in conformità con la procedura stabilita dalla legge. Questa ultima disposizione riconosce il diritto alla vita e alla libertà personale²⁷, mentre

20 Si veda C. PETTERUTI, *La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente nell'Asia meridionale. L'ambiente come diritto fondamentale nella Costituzione post coloniale indiana e pakistana*, in *DPCE online*, 2023, N. 2, p. 540.

21 D. AMIRANTE, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato: il caso del National Green Tribunal of India*, *DPCE online*, 2018, N. 4, p. 956.

22 Sui profili generali della *public interest litigation* in India, si v. M. RAO, *Public interest litigation in India: A Renaissance in social justice*, Eastern Book Co, 2004; M. MATE, *Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public interest litigation in Comparative perspective*, in *San Diego Int'l LJ*, 2010, N. 12, p. 175; P. VIOLA, 'Giustizia sociale' e *Public Interest Litigation* nell'evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici, in *DPCE online*, 2018, N. 4, pp. 977-988; M. S. BUSSI, *Courting the Environment. Public Interest Action in the Global South*, in D. AMIRANTE-S. BAGNI (a cura di), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Routledge, 2022, p. 210.

23 Si tratta di azioni giudiziarie molto "aperte", spesso utilizzate dalle associazioni ambientaliste come principale strumento per portare avanti le proprie contestazioni nei confronti di atti od omissioni dei governi in relazione a leggi e politiche ambientali. In questi casi i cittadini possono adire le Corti in quanto vittime di abusi del governo, anche se questi non hanno provocato danni diretti all'individuo.

24 U. BAXI, *Taking suffering seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in *Third World Legal Studies*, 1985, Vol. 4, N. 6, p. 107.

25 Si v. *M.C. Mehta v. Kamal Nath and Other* (1997 1 SCC 388).

26 A.K. TIWARI, *Environmental laws in India*, New Delhi, 2006, p. 36: «Once it is established that the right to environment is one of the attributes of the right to life under article 21 of the Constitution of India, and therefore a fundamental right [...] there remains no doubt that the "right to environment" like other fundamental right is enforceable against the State». Si veda anche S. DIVAN, A. ROSENCRATZ, *Environmental Law and Policy in India, Cases, Materials and Statutes*, New Delhi, 2001, p. 45.

27 L'art. 21 costituisce dunque la base del sistema dei diritti fondamentali e la fusione del diritto alla vita con il diritto alla libertà personale ha reso l'articolo "assolutamente sacro e non soggetto a nessun'altra restrizione tranne che quella dell'ordine pubblico e della pace". In tal senso si v. G. POGGESCHI, *I diritti fondamentali in India fra Costituzione, Corte suprema e diritto tradizionale*, in D. AMIRANTE-C. DECARO-E. PFÖSTL, *La*

l'art. 14 della Costituzione indica che tutte le persone devono godere dell'uguaglianza davanti alla legge e dell'eguale protezione delle leggi all'interno del territorio dell'India. Queste due norme costituzionali costituiscono le fonti del diritto ad un ambiente pulito, ma anche il fondamento del nuovo diritto (costituzionale) ad essere libero dagli effetti negativi del cambiamento climatico.

Accanto ad un diritto all'ambiente sano, a cui è strettamente connesso il diritto ad un clima stabile e sicuro, la giurisprudenza ha riconosciuto un dovere da parte dello Stato e dei soggetti pubblici di proteggere le risorse naturali e i beni comuni. I supremi giudici, sempre nel caso *M.C. Mehta*, hanno ricercato le basi di un "dovere dello Stato" di proteggere le risorse naturali nella c.d. *Public Trust Doctrine*²⁸, attribuendo all'amministrazione statale il ruolo di "fiduciario" del demanio pubblico e delle risorse naturali, a beneficio delle generazioni presenti e future²⁹.

Nel recente caso *The State Of Telangana vs Mohd. Abdul Qasim (Died) Per Lrs.*³⁰ del 2024, la Corte suprema, dopo aver stabilito che l'art. 48A della Costituzione sia strettamente connesso al diritto alla vita dei cittadini, ha imposto al governo di proteggere le foreste per poter salvare il paese e ridurre gli effetti negativi del cambiamento climatico³¹. In questa prospettiva, la connessione (costituzionale) tra gli artt. 48A e 51A(g) con gli artt. 14 e 21 della Costituzione indiana trova conferma proprio nelle parole della Corte suprema, che, nel citato caso

Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi, Giappichelli, 2013, p. 182; S. DESTA-K. DESTA, *Fundamental Human Rights. The Right to Life and Personal Liberty*, Deep & Deep Publications, 2007, p. 149.

28 Sulla teoria della *Public Trust Doctrine* (P.T.D.) si v. J. L. SAX, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, in *Mich. L. Rev.*, 1970, Vol. 68, N. 3, pp. 473-566; J. L. SAX, *Liberating the Public Trust Doctrine from its Historical Shackles*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 1980, Vol. 14, p. 185. Sull'applicazione della P.T.D. nel sub-continentale indiano, in particolare, si v. G. SIRIWARDANA, *The Application of Public Trust Doctrine as a Mechanism to Ensure Environmental Protection by Means of Law: A Comparative Analysis between Sri Lankan and Indian Legal Context*, in *Proceedings of 8th International Research Conference, KDU*, 2015, p. 131; J. ORANGIAS, *Towards global public trust doctrines: an analysis of the transnationalisation of state stewardship duties*, in *Transnational Legal Theory*, 2021, Vol. 12, N. 4, p. 550 ss.; Sui rapporti tra la P.T.D. e il cambiamento climatico si v. S. FANETTI, *La Public Trust Doctrine, dalle origini alla climate change litigation*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2022, Vol. 28, N. 2, p. 9.

29 Si v. C. A. ARNOLD, *Working Out an Environmental Ethic: Anniversary Lessons from Mono Lake*, in *Wyoming Law Review*, 2004, Vol. 4, N. 1, p. 1 ss.; E. RYAN, *The Public Trust Doctrine, Private Water Allocation, and Mono Lake: The Historic Saga of National Audubon Society v. Superior Court*, in *ENVTL. L.*, 2015, Vol. 45, N. 2, pp. 561-640.

30 Si v. il testo integrale della sentenza al seguente link <https://ecojurisprudence.org/wp-content/uploads/2024/04/India-Supreme-Court-ruling-2024-RoN.pdf>.

31 Le origini di questo caso risiedono in una disputa sulla proprietà terriera e sulla sua classificazione come terreno forestale ai sensi dell'*Andhra Pradesh Forest Act* del 1967. Il caso è iniziato con una causa presso i tribunali di merito riguardanti i diritti delle tribù locali e dello Stato su un appezzamento di terra che si sosteneva rientrasse nei confini della foresta. Le sentenze dei tribunali di merito avevano favorito i ricorrenti tribali, affermando i loro diritti sulla terra in base all'uso storico e alle disposizioni specifiche del *Forest Act*. La questione è stata portata dinanzi alla Corte suprema che è stata incaricata di risolvere diverse questioni tra cui la corretta applicazione delle leggi sulla conservazione delle foreste, i diritti delle tribù indigene e la giurisdizione dei tribunali nel dirimere tali controversie.

Telangana, ha avuto occasione di ricordare che la Parte III e la Parte IV della Costituzione indiana sono come «due ruote di un carro, che si completano a vicenda nel loro impegno per un cambiamento e uno sviluppo sociale. Esse costituiscono il nucleo della costruzione della nazione e di una società progressista».

In questa sentenza la Corte suprema cita una affermazione fatta dal capo tribale Seattle, nel lontano 1854, nella sua lettera scritta in risposta all'offerta di George Washington, ex primo presidente degli Stati Uniti d'America, di acquistare la loro terra. Questa dichiarazione del capo tribù recita: «Ogni parte della terra è sacra per il mio popolo. Ogni ago di pino splendente, ogni spiaggia sabbiosa, ogni foschia nei boschi oscuri, ogni prato, ogni insetto ronzante. Tutto è sacro nella memoria e nell'esperienza del mio popolo»; in questa lettera si afferma, inoltre, che «la terra non appartiene all'uomo; l'uomo appartiene alla terra». Richiamando queste basi, la Corte indiana ha stabilito che «l'articolo 48A impone un chiaro mandato allo Stato come principio direttivo della politica statale, mentre l'articolo 51A(g) impone al cittadino il dovere di proteggere e migliorare l'ambiente naturale, comprese le foreste, laghi, fiumi e fauna selvatica e ad avere compassione per le altre creature viventi».

Nella sentenza che ha definito il caso *Telelanga* i giudici hanno precisato che il termine «ambiente» deve essere inteso in senso non restrittivo, pertanto il concetto deve comprendere «l'acqua, l'aria e la terra e l'interrelazione che esiste tra acqua, aria e terra, e tra gli esseri umani, altre creature viventi, piante, microrganismi e proprietà». Sostenendo l'importanza della biodiversità, i giudici richiamano quanto sostenuto dall'astrofisico canadese Hubert Reeves, secondo cui «L'uomo è la specie più folle. Adora un Dio invisibile e distrugge una Natura visibile, ignaro che questa Natura che sta distruggendo è questo Dio che sta adorando». La Corte precisa che sono le foreste che danno vita alla Terra, sostituendo l'anidride carbonica con l'ossigeno, fornendo così un ambiente ospitale per la crescita costante di diverse forme di vita; in altri termini «è lo spirito della foresta che muove la Terra». Questa decisione in materia di protezione delle foreste e biodiversità è strettamente ancorata ad un'altra importante e storica pronuncia della Corte Suprema indiana che, sempre nel 2024, ha definito il noto caso *Ranjitsinh*, fissando importanti principi in materia di giustizia climatica e diritto al clima. In questa ultima sentenza, come si dirà meglio in avanti, i giudici indiani hanno affermato che il cambiamento climatico produce un impatto sulla garanzia costituzionale del diritto all'uguaglianza. Senza un ambiente pulito – e dunque influenzato dagli effetti negativi del cambiamento climatico – il diritto alla vita non è pienamente realizzato. La giurisprudenza, in altre parole, ha ricercato il diritto al clima stabile e sicuro (e privo di effetti negativi) nei diritti fondamentali quale condizione imprescindibile per assicurare la giustizia climatica e le condizioni di uguaglianza sociale, economica e ambientale tra i tutti i cittadini.



3. Ambiente e “diritto climatico” nell’ordinamento giuridico indiano: una normativa “in fieri”

Nonostante l’India sia classificata tra i Paesi più vulnerabili agli effetti della crisi climatica in corso, l’Unione indiana ha contribuito a produrre una percentuale inferiore al 3% delle emissioni globali sin d’ora accumulate³². In questo quadro, gli sforzi profusi dall’India per combattere il cambiamento climatico sono molteplici, ancorché un vero e proprio diritto climatico si ricavi unicamente da una serie frammentata ed eterogenea di disposizioni ambientali che trovano ospitalità nei diversi testi legislativi, mancando, ad oggi, una normativa organica sul clima.

In una prima fase – che possiamo definire “nascente” – il Parlamento indiano ha promulgato una serie di atti legislativi, tra cui possiamo annoverare il *Wild Life (Protection) Act* del 1972 al fine di realizzare la protezione degli animali selvatici, degli uccelli e delle piante, nonché garantire la sicurezza ambientale del paese. Tra i primi provvedimenti normativi chiamati a proteggere le matrici ambientali rileva il *Water (Prevention and Control of Pollution) Act* del 1974 e l’*Air (Prevention and Control of Pollution) Act* del 1981, in materia di tutela dell’acqua e dell’aria contro l’inquinamento ambientale. Un’altra importante normativa ambientale è rappresentata dal *Forest Conservation Act (FCA)* del 1980³³, emanato con lo scopo di controllare la crescente trasformazione di terreni forestali per scopi non forestali, prescrivendo l’approvazione preventiva da parte del governo centrale per tali situazioni eccezionali.

La seconda fase del processo di evoluzione del diritto ambientale indiano è caratterizzato dalla emanazione dell’*Environment (Protection) Act del 1986*, che costituisce la prima vera normativa organica in materia di protezione dell’ambiente e prevenzione dell’inquinamento ambientale. Questa legge ha autorizzato il governo centrale a coordinare le azioni dei governi statali al fine di perseguire gli obiettivi e le finalità di tutela ambientale. In questo testo non vi è alcuna menzione esplicita sulla riduzione delle emissioni; tuttavia, la legislazione può essere

32 P. KASHWAN, *Climate Justice in India*, op. cit., p. 4.

33 L’obiettivo di assicurare la protezione delle foreste e dei terreni forestali meritevoli di pregio ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte Suprema dell’India che ha ampliato il concetto di foresta. I giudici supremi, infatti, nel caso *T.N. Godavarman Thirumulpad contro Union of India & Ors* del 2005, hanno stabilito che «le risorse naturali sono il patrimonio dell’intera nazione. È obbligo di tutti gli interessati inclusi il governo dell’Unione e i governi statali conservare e non sprecare queste risorse. L’articolo 48A della Costituzione indiana richiede che lo Stato si impegni a proteggere e migliorare l’ambiente e a salvaguardare le foreste e la fauna selvatica del paese. Ai sensi dell’articolo 51A, è dovere di ogni cittadino proteggere e migliorare l’ambiente naturale, comprese foreste, laghi, fiumi e fauna selvatica, e avere compassione per le creature viventi». Va detto, però, che nel 2023 è stato emanato il *Forest (Conservation) Amendment Act 2023* che ha, in sostanza, ridotto la copertura forestale e in parte sovvertito i diritti concessi agli abitanti delle foreste, si v. K. B. SAXENA, *The Forest (Conservation) Amendment Act 2023: A Threat to Forest Lands and Forest Dwellers*, in *Social Change*, 2024, Vol. 54, N. 1, pp. 108-117.

interpretata in modo da includere le emissioni nella definizione di “*inquinanti*”. Non deve trascurarsi come, sul piano della normativa ambientale, un ruolo di rilievo abbia assunto anche il *National Green Tribunal Act* del 2010 con cui è stato istituito il c.d. “*Tribunale Verde dell’India*”, considerato un vero baluardo della giustizia ambientale con competenze tecniche cui sono devolute le controversie in materia ambientale e, in particolare, le cause concernenti l’inquinamento delle matrici ambientali³⁴.

Con l’avvento di una terza fase, più recente e matura, l’Unione indiana, sotto la spinta degli impegni internazionali, ha posto l’accento sui rapporti tra ambiente e cambiamento climatico con l’obiettivo di realizzare una transizione energetica verde, ispirata ai principi di equità e giustizia climatica. In questa cornice è stata lanciata, nel 2019, la *National Mission on Transformative Mobility and Battery Storage* allo scopo di promuovere strategie per una mobilità trasformativa e supportare a sostegno dei veicoli elettrici (EV), componenti EV e batterie. In questa fase, tra le più importanti novità legislative, troviamo l’*Energy Conservation (Amendment) Act*, del 2022³⁵, di modifica dell’*Energy Conservation Act* del 2001, che ha autorizzato il governo centrale a prevedere uno schema di scambio di crediti di carbonio e garantire la promozione dell’energia rinnovabile e l’accesso all’energia verde. L’introduzione dell’emendamento del 2022 all’*Energy Conservation Act* (ECA) si basa sostanzialmente sull’impegno dell’India di mitigare il clima verso un’economia a zero emissioni nette entro il 2070 e sull’utilizzo di fonti di combustibili non fossili, implementando il commercio di crediti di carbonio e accelerando la decarbonizzazione dell’economia indiana. Al governo centrale è stata attribuito il compito di programmare un sistema di commercio di crediti di carbonio e di stabilire un *Energy Conservation and Sustainable Building Code*. In questo quadro, l’esecutivo ha implementato una serie di progetti nel corso degli ultimi anni, tra cui la c.d. “*Strategia solare nazionale*”, per una maggiore efficienza energetica, ed altri connessi alla lotta del cambiamento climatico. A gennaio 2023, difatti, l’India ha lanciato la sua *National Green Hydrogen Mission* per supportare la produzione, l’uso e le esportazioni di idrogeno verde e dei suoi derivati.

Nonostante i buoni propositi e i risultati già perseguiti, l’azione politica indiana necessita di essere supportata da un quadro giuridico più organico, atteso che il Paese guidato dal Premier Modi non dispone ancora di una legislazione *ad hoc* sul clima, né a livello federale né statale, con la conseguenza che i problemi climatici devono trovare risposte in legislazioni dedicati ad altri settori delle politiche ambientali, spesso utilizzate ed interpretate anche dai giudici per favorire l’azione a difesa del clima. Nel quadro della legislazione indiana si può ricavare una *Climate-Relevant Legislation* costruita su sei pilastri, ossia:

34 D. AMIRANTE, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato: il caso del National Green Tribunal of India*, cit., p. 956.

35 Per un approfondimento si v. <https://mnre.gov.in/centre-act/>.

- 1) la normativa in materia di protezione ambientale contenuta nell'*Environment Protection Act* del 1986;
- 2) la legislazione sul *Mining* in materia di estrazione mineraria (si pensi al *Mines and Minerals Development and Regulation Act* del 1957 e al più recente *Mineral Laws Amendment Act* del 2020);
- 3) la normativa in materia di energia (in particolare l'*Energy Conservation Amendment Act*, del 2022);
- 4) la legge sulla gestione dei disastri (*Disaster Management Act* 2005);
- 5) la normativa generale sulle foreste (*Forest Conservation Act* 1980, *Forest Rights Act* 2006, *Compensatory Afforestation Fund Act* 2016);
- 6) la disciplina sulla *Dispute Resolution* (*National Green Tribunal Act* 2010).

Queste disposizioni, come anche i più recenti provvedimenti legislativi, affrontano il cambiamento climatico solo in via "incidentale" e nessuna di esse si pone come finalità esclusiva di raggiungere gli ambiziosi obiettivi di tutela del clima³⁶.

Sebbene non siano mancati tentativi di elaborare normative specifiche sul clima³⁷, un primo significativo (ed esaustivo) disegno di legge sui cambiamenti climatici è riconducibile solo alla proposta di iniziativa parlamentare³⁸ – presentata, nel marzo 2021, da *Jayant Sinha*³⁹, influente politico del partito *Bharatiya Janata*⁴⁰ –, considerata, dai suoi sostenitori, come una delle riforme strutturali più importanti che si dovranno realizzare per assicurare un modello di sviluppo sostenibile e di "transizione verde" in India. Il citato progetto di legge – denominato *The Climate Change (Net Zero Carbon) Bill, 2021* – ha inteso fornire, con i suoi 37 articoli, un quadro normativo attraverso il quale l'India deve sviluppare e attuare politiche chiare e stabili sui cambiamenti climatici. L'obiettivo principale di questa proposta è quello di contribuire agli sforzi globali nell'ambito dell'accordo di Parigi per limitare l'aumento della temperatura media globale a 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali, consentendo all'India di prepararsi e adattarsi agli effetti del cambiamento climatico e alle questioni ad esso connesse.

36 C. BHUSHAN-T. GOPALAKRISHNAN, *Environmental Laws and Climate Action: A case for enacting a framework climate legislation in India*, International Forum for Environment, Sustainability and Technology, 2021, p. 56.

37 Si v. il *Climate Change Bill*, 2015, Bill No. 23 of 2015 (presentato da Shri Kalikesh Narayan Singh Deo, MP).

38 Per consultare il testo della proposta si v. *Bill No. 41 of 2021 (The climate change Net Zero Carbon Bill 2021)*, introdotto alla *Lok Sabha* del Parlamento indiano da *Jayant Sinha* e reperibile al seguente link <https://sansad.in/getFile/BillsTexts/LSBillTexts/Asintroduced/41%20of%202021%20AS.pdf?source=legislation> (ultimo accesso 26 ottobre 2024).

39 *Jayant Sinha* è stato parlamentare (membro della Lok Sabha) e presidente della Commissione parlamentare permanente per le finanze dal 2019 al 2024.

40 P. KASHWAN, *Introduction. Climate Justice in India*, in P. KASHWAN (a cura di) *Climate Justice in India*, op. cit., p. 15; si v. A. KODIVERI-R. SEN, *Climate Action Plans and Justice in India*, in P. KASHWAN (a cura di), *Climate Justice in India*, op. cit., p. 115.

Ad oggi l'Unione Indiana non ha ancora approvato alcuna legge quadro sul clima. Il governo indiano ha lanciato il *National Action Plan on Climate Change* (NAPCC) il 30 giugno del 2008, delineando otto "missioni nazionali" sul cambiamento climatico, ovvero: 1. Missione solare nazionale; 2. Missione nazionale per una maggiore efficienza energetica; 3. Missione nazionale sull'*habitat* sostenibile; 4. Missione nazionale dell'acqua; 5. Missione nazionale per il sostegno dell'ecosistema himalayano; 6. Missione nazionale per un'India verde; 7. Missione nazionale per l'agricoltura sostenibile; 8. Missione nazionale sulla conoscenza strategica per il cambiamento climatico.

Il citato programma fornisce, in sostanza, meccanismi di incentivazione finanziaria per la produzione di idrogeno verde allo scopo di sostenere economicamente progetti pilota nei settori collegati alla produzione e all'utilizzo finale. Parimenti, sono state adottate misure proattive per introdurre piani e strumenti operativi, come il "*Piano d'azione statale per i cambiamenti climatici*" (SAPCC) e la strategia di sviluppo a lungo termine a basse emissioni di carbonio dell'India (LT LEDS), a riprova di un forte impegno nell'azione statale contro il *climate change*⁴¹. L'importanza dei piani per il clima è stata confermata anche dalla giurisprudenza indiana che, nel caso *Gaurav Bansal v. Union of India*⁴², ha ordinato al governo di illustrare le azioni intraprese per implementare e aggiornare il *National Action Plan on Climate Change* (NAPCC), ordinando, altresì, agli Stati che non avevano ancora redatto i loro piani d'azione statali secondo il NAPCC, di prepararli e farli approvare rapidamente dal *Ministry of Environment, Forest and Climate Change* (MoEF&CC).

Il NAPCC, così come tutti gli altri piani, in quanto strumenti di indirizzo politico, non hanno una propria forza normativa e, dunque, non sono direttamente esecutivi (giustiziabili) nei tribunali. Gli accordi internazionali (come l'Accordo di Parigi e l'UNFCCC), come è noto, devono essere tradotti nel diritto interno, ovvero essere trasposti nella legislazione nazionale, per diventare esecutivi all'interno del paese. L'art. 253 della Costituzione indiana, infatti, conferisce al Parlamento il potere di emanare leggi per dare attuazione ai trattati internazionali; tuttavia gli accordi sovranazionali non specificano sempre le modalità e i tempi certi di attuazione e applicazione all'interno dei sistemi giuridici nazionali dei singoli paesi firmatari. Pertanto, non esiste alcun requisito temporale, né alcun termine finale, per emanare una legislazione nazionale quadro che possa dare efficacia alle disposizioni inserite negli accordi internazionali sul cambiamento climatico.

Finché l'India non si deciderà di emanare una legislazione quadro, l'impegno dell'Unione indiana non potrà costituire un obbligo giuridicamente vincolante in capo al governo. Non va

41 E. CHATURVEDI, *Climate Change Litigation: Indian Perspective*, in *German Law Journal*, 2021, N. 22, p. 1467.

42 National Green Tribunal. (2015, July 23), Judgement in the matter of *Gaurav Bansal v. Union of India & Ors*, Original, Application No. 498/2014.

trascurato, però, che seppur in assenza di una legge quadro sul clima, l'India si è impegnata, sul piano politico, a diventare leader dei paesi del Sud del mondo nella lotta al cambiamento climatico e così raggiungere l'obiettivo di "zero emissioni nette" entro il 2070 e conseguire il 50% di capacità installata cumulativa di energia elettrica da risorse energetiche non basate su combustibili fossili entro il 2030.

4. La giurisprudenza indiana e il cambiamento climatico: la Public Trust Doctrine (come teoria ecologica) a difesa del clima

Il contenzioso climatico, come si evince dal *Global Climate Litigation Report 2023* delle Nazioni Unite, ha offerto alla società civile, ai giovani e alle comunità più vulnerabili, una possibile via per affrontare le risposte (spesso inadeguate) dei governi e del settore privato alla crisi climatica⁴³.

I discorsi solitamente connessi al *climate change* evidenziano le problematiche mondiali che già ora sono affrontate e a cui si dovrà riservare sempre più attenzione nei prossimi anni per contrastare gli effetti devastanti causati dal collasso del sistema climatico attuale⁴⁴. Com'è stato già osservato da altra autorevole dottrina (Pozzo), la veloce diffusione della *climate change litigation* a livello globale offre la possibilità di dedicare maggiore attenzione – in chiave comparata, partendo dal contesto internazionale – al problema della circolazione dei modelli giuridici e agli effetti ad essa correlati⁴⁵.

A ciò, inoltre, occorre aggiungere una oculata valutazione circa la concreta efficacia giuridica delle clausole costituzionali spesso invocate nei casi di giustizia climatica. La giustiziabilità delle clausole costituzionali in materia di clima risulta un elemento fondamentale di cui bisogna tener conto per valutarne la relativa efficacia. Pertanto, un criterio utile a tal fine può essere rinvenuto nella frequenza dell'invocazione delle stesse nell'ambito dei casi di giustizia climatica e dal peso attribuito agli argomenti di natura costituzionale nelle decisioni adottate all'esito di siffatti contenziosi⁴⁶.

Nel sub-continente indiano, in particolare, il contenzioso climatico ha costituito una importante occasione per riflettere sulla connessione tra la tutela dell'ambiente e la giustizia climatica intesa come espressione del principio di equità.

43 United Nations Environment Programme (2023), *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*. Nairobi.

44 S. BALDIN-P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *DPCE*, il Mulino, 2021, N. 3, p. 598.

45 B. POZZO, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Rivista Giuridica Ambiente*, 2021, N. 2, p. 272.

46 F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *BioLaw Journal*, 2022, N. 2, p. 159.

Secondo uno studio dedicato al tema delle politiche climatiche, sino al 2021, si sono registrati in India circa 20 casi dinanzi alla Corte Suprema, alle Corti superiori e al *National Green Tribunal* (NGT) in cui le parti hanno sollevato questioni relative alla protezione dell'ambiente e al cambiamento climatico⁴⁷, sottolineando, *in primis*, la connessione tra l'inquinamento ambientale e il cambiamento climatico e invocando l'applicazione dei principi internazionali del "chi inquina paga", di precauzione e dello sviluppo sostenibile⁴⁸.

Nel caso *Court on Its Own Motion v. State of Himachal Pradesh and Others* il Tribunale Verde si è trovato di fronte alla sfida di affrontare gli impatti dei cambiamenti climatici sul ghiacciaio del *Rohtang Pass* in Himalaya, affrontando gravi problemi di inquinamento e di degrado ambientale, ecologico ed estetico⁴⁹.

In questa prima fase la giurisprudenza indiana ha posto l'accento sulla responsabilità dell'Unione indiana, e dei singoli stati membri, per inazione climatica, affermando i doveri dello Stato rispetto al cambiamento climatico nella sua qualità di "fiduciario" delle risorse naturali e ambientali sulla scorta della *Public Trust Doctrine* (P.T.D.)⁵⁰. Come è noto, la P.T.D. si è sviluppata in modo prominente come dottrina giuridica negli Stati Uniti, prendendo le mosse dall'illuminante pensiero di Joseph Sax nel 1970 e riconducibile al suo prestigioso contributo dal titolo "*The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*". Il pensiero di Sax, considerato il padre e l'architetto di questa moderna dottrina⁵¹, ha segnato la c.d. "svolta ecologista"⁵² della P.T.D., ritenendo che un siffatto approccio possa costituire la migliore teoria filosofica e un importante strumento giuridico per la tutela dei diritti della collettività, per la gestione delle risorse naturali e dei valori ecologici, anche nell'interesse delle generazioni future⁵³.

47 Per una analisi complessiva dei casi più significativi del contenzioso climatico in India e sulle sue peculiarità si veda l'opera già citata di Bhushan e Gopalakrishnan.

48 S. GHOSH, *Litigating Climate Claims in India*, in *American Journal of International Law (AJIL) Unbound*, 2020, Vol. 114, pp. 45-50, reperibile su <https://www.cprindia.org/articles/litigating-climate-claims-india>

49 NGT, *Sher Singh v. State of Himachal Pradesh*, No. 237 (THC)/2013 (CWPII No.15 of 2010) (India).

50 Nel rapporto triangolare opera un soggetto, definito disponente o *settlor*, che trasferisce alcuni beni (il cosiddetto *corpus* del *trust*) a un altro soggetto, definito gestore o *trustee*; il *trustee* detiene e amministra il *corpus* per i beneficiari del *trust*. In base alla P.T.D., il *trustee* è il governo, il beneficiario è il "pubblico" – ossia i cittadini attuali e futuri – e il *corpus* del *trust* è la risorsa che deve essere conservata dal governo.

51 H. DOREMUS, *In Memoriam: In Honor of Joe Sax: A Grateful Appreciation*, in *Vermont Law Review*, 2015, Vol. 39, pp. 799-801.

52 R.D. SAGARIN-M. TURNIPSEED, *The Public Trust Doctrine: Where Ecology Meets Natural Resources Management*, in *Annu. Rev. Environ. Resour.*, 2012, Vol. 37, N. 1, p. 474; si v. S. FANETTI, *La Public Trust Doctrine, dalle origini alla climate change litigation*, op. cit., p. 9.

53 Non è un caso che lo stesso Sax abbia affermato che «certain interests are so particularly the gifts of nature's bounty that they ought to be reserved for the whole of the populace». Cfr. J. L. SAX, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, cit., p. 484.

In questa prospettiva, nel sub-continente indiano, il contenzioso climatico ha costituito una importante occasione per applicare la teoria dell'amministrazione fiduciaria (*P.T.D.*) e riflettere sulla connessione tra tutela dell'ambiente e giustizia climatica. A seguito del noto caso *Juliana v. United States*, anche l'India ha sperimentato un contenzioso climatico sostenuto da giovani istanze ecologiste in cui è stato posto l'accento sulla responsabilità climatica degli Stati. Nel 2017, una bambina indiana di nove anni, *Ridhima Pandey*, ha proposto ricorso al *National Green Tribunal*⁵⁴ sollevando serie preoccupazioni in merito all'inazione del governo sulle questioni del cambiamento climatico. In questo caso la giovane ricorrente ha sostenuto di essere stata direttamente colpita dagli impatti negativi del cambiamento climatico e dall'aumento delle temperature globali, denunciando il governo indiano per aver omesso di attuare una politica climatica efficace (rispettosa dell'Accordo di Parigi) e invocando l'applicazione del principio dello sviluppo sostenibile, del principio della giustizia intergenerazionale e della *Public Trust Doctrine*. In questa storica decisione i giudici hanno richiamato altri precedenti giudiziari ben noti come il caso pakistano *Leghari* contro Pakistan. Sul piano comparativo, va ricordato che proprio nella decisione del celebre caso *Leghari v. Pakistan*⁵⁵ del 2015, l'Alta Corte di Lahore ha censurato l'inerzia e il ritardo da parte dello Stato nella strategia di lotta ai cambiamenti climatici e, di conseguenza, ha impartito ordini e puntuali istruzioni ai governi, federale e provinciali, affinché fosse rispettata la politica nazionale sui cambiamenti climatici⁵⁶. La Corte, nel riconoscere il *climate change*⁵⁷ come una sfida decisiva del nostro tempo, ha stabilito che i diritti costituzionali alla vita e alla dignità umana (riconosciuti e garantiti dagli artt. 9 e 14 della Costituzione del Pakistan) includono anche il diritto ad un ambiente sano e pulito. I giudici pakistani, in questa decisione, hanno considerato la giustizia idrica e il diritto umano all'accesso all'acqua pulita come un sotto-insieme della *climate justice*. Siffatta decisione rappresenta, nel panorama asiatico, un modello precursore di *Antropospheric trust case*⁵⁸, atteso che il tribunale ha censurato una *climate inaction*

54 *Ridhima Pandey v. Union of India*, Application No 187/2017 (*Pandey application*).

55 Il caso *Leghari v. Pakistan* è reperibile sul sito http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2015/20150404_2015-W.P.-No.-25501201_decision.pdf.

56 Questo precedente molto significativo ha riguardato *Ashgar Leghari*, un agricoltore pakistano, che aveva citato in giudizio il governo nazionale per non aver attuato la politica nazionale sui cambiamenti climatici del 2012 e per non aver rispettato il piano di attuazione della politica sui cambiamenti climatici (2014-2030). Secondo *Leghari*, il governo avrebbe dovuto perseguire gli sforzi di mitigazione del clima ovvero di adattamento necessari e, pertanto, il mancato raggiungimento di questi obiettivi da parte dello Stato aveva prodotto un impatto immediato sulla sicurezza idrica, alimentare ed energetica del Pakistan. Tali impatti, dunque, avevano così offeso e pregiudicato il suo diritto fondamentale alla vita.

57 M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico* (diritto costituzionale), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, 2021, p. 69.

58 Si v. M. C. BLUMM-Z. A. SCHWARTZ, *The Public Trust Doctrine Fifty Years After Sax and Some Thoughts on Its Future*, in *Public Land & Resources Law Review*, 2021, Vol. 44, N. 1, p. 43.

del governo pakistano, affermando che l'inerzia dello Stato configuri inevitabilmente una violazione del diritto alla vita e all'ambiente sano delle generazioni future.

Allo stesso modo, la Corte Suprema nepalese, con la decisione emessa il 25 dicembre 2018, ha definito il caso *Shrestha v. Office of the Prime Minister et al.*⁵⁹, utilizzando i principi della *Public Trust Doctrine*, ordinando al governo di emanare una nuova legge sul clima per mitigare e adattare gli effetti dei cambiamenti climatici, ridurre il consumo di combustibili fossili, promuovere tecnologie a basse emissioni di carbonio, sviluppare strumenti scientifici e giuridici per compensare le persone danneggiate dall'inquinamento e dal degrado ambientale⁶⁰.

Ciò posto, lo studio dei più importanti precedenti giudiziari dimostra come in un primo tempo la magistratura abbia contribuito a delineare i caratteri della responsabilità degli Stati e dei poteri pubblici per inazione climatica, focalizzando l'attenzione sui doveri di amministrazione fiduciaria delle risorse naturali e del clima.

La natura di questi casi giudiziari, così come quelli instaurati nel territorio europeo, riflette il contesto normativo in cui si svolgono, così come la cultura giuridica che lo caratterizza⁶¹.

Nell'attuale momento storico, contrassegnato da una profonda crisi ambientale e climatica, i giudici indiani hanno più volte applicato gli artt. 48A e 51A per la protezione dell'ambiente e dei valori ecologici che impongono allo Stato di agire, come fiduciario, per la protezione delle foreste, dei ghiacciai e dei fiumi, imponendo alle autorità pubbliche l'obbligo di adottare misure di prevenzione dell'inquinamento contro ogni forma di danno ambientale. Proprio in ragione di questi sviluppi giurisprudenziali, ancorati a solide fondamenta costituzionali – che trovano conferma anche nei formanti ecologici della tradizione culturale e religiosa del popolo indiano –, in India la portata della dottrina della fiducia pubblica è sicuramente più vasta che in passato. Si tratta di un indiscusso principio di tutela ambientale che può rappresentare un "efficace strumento costituzionale" a difesa dei diritti ambientali più emergenti, in grado,

59 Va ricordato che, il 23 agosto 2017, *Padam Bahadur Shrestha* ha presentato una richiesta al governo del Nepal per emanare una nuova legge sui cambiamenti climatici e assicurare un miglioramento delle condizioni ambientali del Paese. A seguito del silenzio da parte delle autorità nepalesi, *Shrestha* ha presentato una petizione alla Corte Suprema del Nepal per costringere il governo a emanare una legislazione *ad hoc* nell'ambito del settore climatico. Secondo questa richiesta, l'*Environmental Protection Act* del 1997 si presentava ormai inadeguato rispetto alle esigenze del tempo e la politica sui cambiamenti climatici del 2011 non era in grado di preservare gli ecosistemi del Nepal rispetto ai gravi impatti climatici. Sul piano strettamente giuridico si riteneva che l'incapacità del governo di affrontare adeguatamente la protezione del clima avesse violato i diritti a una vita dignitosa e a un ambiente sano, considerati diritti garantiti dalla Costituzione del Nepal, ma anche dall'Accordo di Parigi del 2015.

60 Sul punto si v. S. BAGNI, *The Enforcement of New Environmental Rights Through the Courts. Problems and Possible Solution*, in D. AMIRANTE-S. BAGNI (a cura di), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Routledge, 2022, p. 230.

61 B. POZZO, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, cit., p. 315.

pertanto, di assicurare i diritti della biodiversità naturale e culturale, la lotta al cambiamento climatico, lo sviluppo sostenibile e l'equità intergenerazionale.

5. Prime note sul diritto (costituzionale) al clima nel caso *MK Ranjitsinh & Ors. v. Union of India & Ors*

La giurisprudenza indiana ha contribuito, di recente, ad alimentare il dibattito sulla possibilità di riconoscere ed affermare un diritto costituzionale al clima stabile e sicuro considerato quale condizione imprescindibile per assicurare il diritto alla vita e all'uguaglianza di tutti i cittadini. Dalla responsabilità per inazione climatica, e a partire dai doveri di custodia in capo agli Stati, si è giunti a riconoscere i diritti e le libertà climatiche in capo ai cittadini indiani.

Ed invero, con la recente sentenza della Corte suprema indiana, emessa il 21 marzo del 2024, nella causa *MK Ranjitsinh & Ors. v. Union of India & Ors*⁶², il Collegio giudicante – costituito da tre giudici, guidati dal Presidente della Corte suprema, *D.Y. Chandrachud* – ha riconosciuto ai cittadini indiani un nuovo diritto (costituzionale) ad essere liberi dagli effetti negativi del cambiamento climatico, ricercando il suo fondamento negli artt. 14 e 21 della Costituzione indiana del 1950, riguardanti, rispettivamente, il diritto all'uguaglianza e il diritto alla vita e alla libertà personale. Per queste ragioni, come si vedrà in avanti, tale pronuncia rappresenta un importante pezzo del mosaico della giurisprudenza climatica e costituisce una nuova chiave di lettura del diritto ad esso correlato, denotando originalità e interesse per gli studi comparativi.

Il citato caso giudiziario ha avuto origine da una petizione scritta⁶³ presentata alla Corte suprema dell'India nel 2019 (ai sensi dell'art. 32 della Costituzione)⁶⁴ da *MK Ranjitsinh*⁶⁵, con la quale si è richiesta la previsione e l'attuazione di talune direttive necessarie per assicurare la conservazione di due specie protette di uccelli, la c.d. "Grande Otarda indiana" (*Great Indian Bustard*) e la "Piccola Otarda di Florican", entrambe sull'orlo dell'estinzione secondo l'I.U.C.N. a causa di una serie di fattori, tra cui il cambiamento climatico e l'uso delle linee di trasmissione

62 *M K Ranjitsinh & Ors. v Union of India & Ors. Supreme Court of India, Writ Petition (Civil) No. 838 of 2019 with Civil Appeal No. 3570 of 2022 (judgment), 21 March 2024*. Sul punto si v. L. COLELLA, "L'uccello e il clima": considerazioni a partire dalla sentenza *MK Ranjitsinh & Ors. v. Union of India & Ors*, 2024, reperibile al link <https://drive.google.com/file/d/1xQpJTeNB8gQbhIYP3fVNYDZh2TLyZl7a/view> (ultimo accesso 21 novembre 2024).

63 *Writ Petition (Civil) No. 838 of 2019*.

64 L'art. 32 della Costituzione consente ai cittadini di rivolgersi all'organo giudiziario supremo in via originaria per lamentare violazioni di diritti fondamentali da parte dell'attività statale.

65 Il firmatario principale della petizione è stata il dott. *MK Ranjitsinh Jhala*, ex presidente del *Wildlife Trust of India*, (autore di molti scritti) e considerato un'autorità in materia di conservazione di fauna selvatica e tutela della natura, incaricato di preservare l'*habitat* della grande otarda indiana e la varietà di uccelli autoctoni.

elettriche aeree. La sentenza si concentra principalmente sulla *Grande Otarda Indiana* (GIB), classificata come una specie in pericolo critico – a partire dal 2018 – dall'Unione Internazionale per la Conservazione della Natura (IUCN), come evidenziato a pag. 3 della sentenza⁶⁶.

Con la decisione del 19 aprile 2021 la Corte suprema indiana aveva limitato l'installazione di siffatte “linee elettriche aeree” in un'area di circa 99.000 chilometri quadrati, ordinando, al fine di tutelare la biodiversità, la loro conversione in “linee elettriche interrato” – soprattutto nelle aree interessate dalla presenza della predetta specie di uccelli –, adottando, altresì, una serie di misure per assicurare la loro protezione⁶⁷.

Successivamente, il 17 novembre del 2021⁶⁸, il Ministero dell'Ambiente, delle Foreste e dei Cambiamenti Climatici, unitamente ai Ministeri competenti in materia di Energia e di Rinnovabili, hanno richiesto ai supremi giudici la modifica delle direttive prescritte nel 2021, stante la necessità di assicurare la diffusione di energia solare⁶⁹ e ridurre l'uso dei fossili allo scopo comune di arginare gli “effetti negativi” del cambiamento climatico (in linea con gli obblighi derivanti dall'Accordo di Parigi del 2015). Come è noto, secondo l'art. 1 della Convenzione quadro sui cambiamenti climatici delle Nazioni Unite del 1992, per “*effetti negativi dei cambiamenti climatici*” si intendono i cambiamenti dell'ambiente fisico o della vita animale e vegetale dovuti a cambiamenti climatici, che hanno rilevanti effetti deleteri per la composizione, la capacità di recupero o la produttività di ecosistemi naturali e gestiti per il funzionamento dei sistemi socioeconomici oppure per la sanità e il benessere del genere umano. Pertanto, secondo la tesi avanzata dai ricorrenti Ministeri dell'Ambiente e dell'Energia, il territorio e l'area destinataria di misure di conservazione e tutela della Grande Otarda Indiana, stabilite con la prima decisione del 2021, in sostanza, si presentava molto più ampia dell'area effettivamente interessata dalla presenza degli uccelli meritevoli di protezione. Da qui, pertanto, l'interesse ad una riformata decisione che potesse considerare in concreto l'esigenza di promuovere la produzione di energia rinnovabile e assicurare la protezione del clima.

66 L'IUCN stima, infatti, che nel mondo siano rimasti tra 50 e 249 GIB. Le minacce alla GIB includono oggi “*pollution, climate change, predators and competition with invasive species*” e frammentazione dell'*habitat*, come riportato al paragrafo 3. Un'ulteriore minaccia alla sopravvivenza della specie, come si legge nella pronuncia, sono le linee di trasmissione aeree.

67 Con la decisione della Corte suprema del 19 aprile 2021, i giudici hanno dato istruzioni per convertire le linee elettriche aeree in sotterranee entro il termine di un anno, nominando anche un Comitato di esperti chiamato a verificare la fattibilità della posa in opera di linee elettriche sotterranee ad alta tensione.

68 Il Ministero dell'Ambiente, delle Foreste e dei Cambiamenti Climatici, il Ministero dell'Energia e il Ministero delle Energie Nuove e Rinnovabili, hanno depositato l'IA n. 149293 del 2021 il 17 novembre 2021 al fine di modificare delle direttive emesse dalla sentenza della Corte suprema del 19 aprile 2021.

69 Nel 2016, l'India ha lanciato l'*International Solar Alliance*, insieme alla Francia, alla 21° Conferenza delle Parti sui Cambiamenti Climatici delle Nazioni Unite (COP21) per accelerare l'adozione globale dell'energia solare.

Nella parte introduttiva della sentenza del 2024 – e, precisamente, a pag. 13 –, la Corte suprema sottolinea come il Preambolo della Convenzione quadro sui cambiamenti climatici delle Nazioni Unite, ove viene riconosciuta la natura globale del cambiamento climatico, richiede la più ampia cooperazione possibile di tutti i paesi, nonché la loro partecipazione ad una risposta internazionale efficace e adeguata, in conformità con le loro responsabilità “comuni ma differenziate” in ragione delle rispettive capacità e condizioni socio-economiche.

La promozione delle fonti energetiche rinnovabili, dunque, svolge un ruolo cruciale nel promuovere l’equità sociale, garantendo l’accesso all’energia pulita a prezzi accessibili per tutti i segmenti della società, soprattutto nelle zone rurali e scarsamente servite. Ciò contribuisce ad alleviare la povertà, a migliorare la qualità della vita e a promuovere la crescita e lo sviluppo inclusivi in tutta la nazione. Pertanto, la transizione verso le energie rinnovabili non è solo un imperativo ambientale, ma anche un investimento strategico per la futura prosperità, resilienza e sostenibilità dell’Unione Indiana.

Sulla scorta di queste considerazioni, la Corte suprema indiana, nel caso *MK Ranjitsinh*, ha ricostruito le basi costituzionali per l’affermazione dei diritti umani legati al cambiamento climatico, ancorando le nuove “libertà climatiche”, ossia il diritto di essere liberi dagli “effetti negativi” del cambiamento climatico (si pensi ai disastri climatici, cicloni, inondazioni, fenomeni estremi di siccità, ecc.) al fondamentale e sacro diritto alla vita e alla libertà personale (art. 21) che, come ha precisato la giurisprudenza della Corte suprema, «incarna un valore costituzionale di suprema importanza in una società democratica»⁷⁰. Nel contempo, il diritto ad essere liberi dagli effetti negativi del cambiamento climatico trova fondamento costituzionale anche nel principio di uguaglianza (art. 14), richiamato anche nel Preambolo della Costituzione del 1950⁷¹ e considerato uno dei «magnifici capisaldi della democrazia indiana»⁷².

I giudici, nell’argomentare il suo ragionamento, richiamano alcuni precedenti giudiziari fondamentali che hanno, in buona sostanza, segnato l’evoluzione della protezione dell’ambiente e dei doveri ecologici: tra i casi giudiziari in materia di cambiamento climatico,

70 Si veda la sentenza della Corte suprema indiana emessa nel caso *Francis Coralie Mullin vs The Administrator* del 1981.

71 Per un approfondimento sulla natura del Preambolo indiano. Si veda A. S. RATHORE, *Ambedkar’s Preamble: A Secret History of the Constitution of India*, Penguin Books, 2020. Si veda anche C. PETTERUTI, *La forza normativa ed interpretativa dei preamboli costituzionali*, ESI, 2024, p. 178

72 Si veda la nota decisione della Corte suprema indiana *Indra Sawhney v. Union of India AIR* del 1993. Il caso *Indra Sawhney* ha interessato la c.d. costituzionalità delle “riserve” di posti nell’organizzazione dello stato, quale strumento necessario previsto dallo Stato per le classi più svantaggiate e povere della popolazione. In questa sentenza i giudici hanno ricordato che i padri costituenti, già durante i lavori dell’Assemblea, ebbero modo di richiamare gli *ideali* di “Libertà, uguaglianza e fraternità” della rivoluzione francese, condividendo a pieno l’importanza del principio di uguaglianza e il concetto di “Giustizia Sociale, Economica e Politica”.



i supremi giudici indiani, nella sentenza *MK Ranjitsinh*, richiamano anche il celebre caso *State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, in cui la Corte suprema olandese ha riconosciuto gli obblighi previsti dagli articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto alla vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, obbligando lo Stato ad adottare politiche climatiche più ambiziose. La Corte suprema, inoltre, ricorda anche il caso *Virender Gaur v. State of Haryana*,⁷³ in cui i giudici hanno affermato che l'art. 21 della Costituzione ricomprende “la protezione e la preservazione dell'ambiente” senza le quali non si può garantire una condizione di vita dignitosa.

Sebbene siano numerose le pronunce giurisprudenziali che riconoscono l'esistenza di un diritto ad un ambiente sano, la Corte suprema, nel caso *MK Ranjitsinh*, ha chiarito che non si è ancora riconosciuta piena autonomia ad un “diritto a essere libero dagli effetti negativi del cambiamento climatico” in quanto, forse, quest'ultimo e il diritto a un ambiente pulito sono “due facce della stessa medaglia”. Di fronte alla crisi climatica (causa di ingiustizie ambientali, distributive e intergenerazionali) risulta necessario, secondo la Corte suprema indiana, articolare e ricostruire un diritto nuovo e distinto che trovi fondamento nella Costituzione. Per queste ragioni, la recente decisione della *Supreme Court* in *Ranjitsinh* contro *Union of India* è, ad avviso di chi scrive, rivoluzionaria, poiché riconosce i diritti ambientali come assoluti e fondamentali, offrendo una protezione costituzionale dagli effetti negativi del cambiamento climatico ai sensi degli artt. 14 e 21 della Costituzione.

Il riconoscimento di un “diritto ad essere liberi dagli effetti negativi del cambiamento climatico” rappresenta, senza dubbio, l'elemento più originale della decisione della Corte suprema: «without a clean environment which is stable and unimpacted by the vagaries of climate change, the right to life is not fully realised», così afferma la *Supreme Court* in un punto centrale della decisione. Tuttavia, la conquista di un diritto costituzionale al clima stabile e sicuro non costituisce l'unico elemento di novità della decisione, che, come si dirà nel paragrafo successivo, ha assunto una rilevanza straordinaria anche per i rapporti tra la protezione della biodiversità e le politiche di transizione energetica e climatica.

5.1 Transizione climatica e tutela della biodiversità: un “ménage possible”

Nonostante l'India produca oggi una quota non significativa di emissioni di CO₂, vari indici globali classificano questo paese dell'Asia meridionale tra quelli più vulnerabili agli effetti della crisi climatica in corso⁷⁴.

⁷³ Si veda il caso *Virender Gaur v. State of Haryana* (1995) 2 SCC 577.

⁷⁴ S. REUTERS, *Why India Is Most at Risk from Climate Change*, World Economic Forum, 21 March 2018. <https://www.weforum.org/agenda/2018/03/india-most-vulnerable-country-to-climate-change/> (ultimo accesso 21

Come rilevano alcuni studi, a livello internazionale, l'India è nota per aver aperto la strada all'approccio delle responsabilità comuni ma differenziate, che consente ai paesi in via di sviluppo di dare priorità alla riduzione della povertà e alla crescita economica rispetto alla mitigazione del clima⁷⁵. Tuttavia, ancora oggi, in India le condizioni di salute e la qualità della vita risultano influenzate da diversi fattori, quali l'inquinamento atmosferico, l'aumento delle temperature, la siccità, la carenza di scorte alimentari dovuta al fallimento dei raccolti, le tempeste e le inondazioni tipiche dei villaggi indiani. L'incapacità delle comunità più svantaggiate di adattarsi al cambiamento climatico ovvero di far fronte ai suoi effetti pregiudica inevitabilmente il diritto alla vita e viola il diritto all'uguaglianza.

Il cambiamento climatico, dunque, è in grado di alterare l'uguaglianza nelle forme più disparate, causando ingiustizie climatiche che colpiscono le comunità più vulnerabili. Il Sesto rapporto di valutazione dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) ricorda che un clima che supera di 1,5 °C la temperatura media è all'origine di terribili conseguenze per il subcontinente indiano: aumento dei periodi di siccità, intensificazione delle precipitazioni estreme di oltre il 20 per cento e un aumento esponenziale di ondate di calore ed eventi ciclonici. Mentre il riscaldamento globale raggiunge un punto di svolta, la crescita dell'India è strettamente legata ai rischi climatici. Il rapporto precisa che tali rischi hanno un impatto sproporzionato sulle comunità vulnerabili con scarse capacità di adattamento e rappresentano una minaccia critica per lo sviluppo sostenibile dell'India.

La pronuncia sul caso *Ranjitsinh* contro *Union of India* richiama proprio il caso degli abitanti delle isole *Lakshadweep* che si trovano in una posizione di svantaggio rispetto a chi vive nel *Madhya Pradesh*, allorché i livelli del mare si innalzano. Allo stesso modo, gli abitanti delle foreste e delle comunità tribali e indigene, a causa del cambiamento climatico, sono esposti ad un rischio elevato di distruzione delle loro case e dei loro villaggi, con conseguenze irreversibili anche per la cultura e la tradizione socio-religiosa di appartenenza. Da qui l'esigenza di dare priorità ad una transizione verso fonti di energia pulita e sostenibile per garantire i diritti e le esigenze delle comunità più vulnerabili, assicurando la "giustizia climatica" intesa come espressione del principio di uguaglianza.

Per lungo tempo il carbone e il petrolio sono stati finora i pilastri della crescita industriale e della modernizzazione del Paese, consentendo a un numero crescente di cittadini indiani di accedere a servizi energetici moderni. Tuttavia, la rapida crescita del consumo di energia fossile ha anche fatto sì che le emissioni annuali di CO₂ dell'India siano aumentate fino a

ottobre 2024). Secondo alcuni studi l'India ha emesso gas ad effetto serra per una percentuale inferiore al 3 % del totale, si v. H. RITCHIE, *Who Has Contributed Most to Global CO₂ Emissions?*, *Our World in Data*, 1 ottobre 2019, (ultimo accesso 21 ottobre 2024).

75 M. BUDA, *Common but Differentiated Responsibility: International Environmental Law Principle*, in *Journal of Law and Public Administration*, 2016, Vol. 2, N. 4, p. 82 ss.



diventare le terze più alte del mondo⁷⁶. Al fine di invertire la rotta e ridurre le emissioni, il Primo Ministro indiano Narendra Modi ha presentato nel 2023 un nuovo programma energetico⁷⁷ che mira a fissare metà della produzione annuale di energia elettrica indiana a partire da fonti rinnovabili entro il 2030, di tagliare del 45% le emissioni per fine decennio e di raggiungere le zero emissioni nette entro il 2070⁷⁸.

In questa prospettiva, sfruttando il vantaggio naturale di alcuni paesaggi, l'India può ridurre significativamente la sua dipendenza dai combustibili fossili e passare a fonti di energia più pulite, come appunto il solare; questa fonte di energia non solo può soddisfare la crescente domanda energetica del paese, ma può aiutare anche a mitigare gli effetti negativi del cambiamento climatico riducendo le emissioni di gas serra. L'obiettivo di favorire la riduzione di CO₂, attraverso una transizione energetica sostenibile, emerge chiaramente nel caso *MK Ranjitsinh*, in cui i giudici si preoccupano del bilanciamento ragionevole di due interessi costituzionali confliggenti: la tutela e la protezione della biodiversità naturale e delle specie in pericolo di estinzione (si pensi alla Grande Otarda indiana), da un lato, e la promozione delle energie rinnovabili e la protezione del clima, dall'altro.

Dal ragionamento logico-motivazionale dei giudici appare indiscusso che il cambiamento climatico costituisca, oggi più che mai, non più una questione secondaria, ma un tema centrale per l'affermazione di un più ampio diritto umano all'ambiente. Diversamente da quanto accaduto nel caso *Ridhima Pandey*⁷⁹ del 2017, la Corte suprema ha affermato a chiare lettere un diritto ad essere liberi dagli effetti negativi del cambiamento climatico, riconoscendo l'attualità della "giustizia climatica" (nelle sue tre dimensioni: quella ambientale, quella distributiva e quella intergenerazionale) quale nuovo principio guida delle politiche di sostenibilità ambientale e di transizione energetica.

76 In India, la causa è legata soprattutto alla forte crescita del PIL che ha fatto aumentare le emissioni di circa 190 milioni di tonnellate nel 2023. Le emissioni pro capite in India rimangono comunque ancora molto al di sotto della media mondiale.

77 Dalla COP26 in poi, l'India ha assistito a notevoli progressi da parte del governo e di tutti gli stakeholder, compresi gli attori del settore privato, nel raggiungimento del suo obiettivo di zero emissioni nette entro il 2070, ma sarà necessario uno sforzo ancora maggiore per restare entro il budget di carbonio disponibile. Si veda oggi contenuti del *National Electricity Plan 2023 to 2032* reperibile al link <https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s3716e1b8c6cd17b771da77391355749f3/uploads/2023/10/202310051100247622.pdf>.

78 Si v. il link. <https://pib.gov.in/PressReleaseIframePage.aspx?PRID=1961797>.

79 Si v. *Ridhima Pandey v. Union of India*, Application No 187/2017 (*Pandey application*) in cui una bambina di 9 anni (Ridhima Pandey) ha presentato una petizione contro il governo indiano per aver omesso di attuare una politica climatica efficace e ha invocato, davanti al *National Green Tribunal*, l'applicazione del principio dello sviluppo sostenibile e del principio precauzionale, rafforzati dal principio di giustizia intergenerazionale e dalla *P.T.D.* La richiesta di tutela climatica, sebbene non abbia sortito i risultati sperati, ha posto l'accento sulla incapacità degli Stati di affrontare la crisi climatica che risulta essere all'origine di violazioni dei diritti dei bambini garantiti dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia.



Nella sentenza che ha definito il caso *MK Ranjitsinh*, i giudici, attesa la volontà di assicurare gli obiettivi di sviluppo sostenibile, hanno ritenuto necessario adottare un “approccio olistico” che non sacrifichi, a priori, nessuno dei due interessi contrapposti. Per queste ragioni, la Corte suprema, modificando le direttive formulate nella precedente decisione del 2021⁸⁰, ha ordinato ad un Comitato di esperti di verificare la fattibilità tecnica di un progetto di realizzazione di linee elettriche aeree, individuando le misure più idonee per la tutela e la sopravvivenza a lungo termine della specie protetta di uccelli.

In altre parole, la Corte suprema, nel bilanciamento di opposti interessi costituzionali, ha adottato un approccio equilibrato che si sostanzia nella necessità di realizzare un “*ménage possible*” tra la conservazione della biodiversità, individuata nella tutela dell’uccello in pericolo, e la transizione energetica e climatica, identificata nella protezione e tutela dei diritti umani legati al cambiamento climatico. Coniugare le due opposte esigenze costituisce un imperativo costituzionale: un obiettivo necessario per un paese come l’India che conserva la tradizione giuridica di un popolo plasmato da formanti ecologici, ma che deve ancora vincere le sfide della complessità sociale, economica e ambientale.

6. Il 2024 (un anno caldo) all’insegna della giustizia climatica: brevi riflessioni a margine della COP 29 di Baku

Il 2024 è stato un anno molto “caldo” dal punto di vista delle temperature registrate⁸¹, ma sarà citato in futuro anche per essere stato un anno in cui il dibattito sui temi della “giustizia climatica” in India è apparso estremamente “infuocato”. In altre parole, il 2024 sarà ricordato per due “momenti” cruciali in grado di generare, a prima vista, effetti (giuridici, politici e sociali) alquanto significativi nei rapporti tra tutela dell’ambiente, cambiamento climatico e sostenibilità globale.

Un primo “*momentum*” è sicuramente rappresentato dalla conquista di un nuovo “*diritto ad essere libero dagli effetti negativi del cambiamento climatico*” che ha trovato dignità costituzionale grazie alla decisione emessa nel caso *MK Ranjitsinh*: una sentenza della Corte suprema che sarà ricordata perché «un uccello (in grave pericolo) ha contribuito a promuovere la giustizia

80 Con la prima decisione del 2021, la Corte suprema aveva già nominato un Comitato di esperti per valutare la fattibilità della posa in opera di linee elettriche sotterranee ad alta tensione. Nel paragrafo 18 di questa decisione, la Corte ha disposto che nei casi in cui erano già esistenti le linee elettriche aeree occorreva adottare misure per installare deviatori per uccelli in attesa di considerare la conversione delle linee elettriche aeree in linee elettriche sotterranee. Inoltre, la Corte ha disposto che, qualora fosse possibile, entro un anno dalla decisione occorreva convertire le linee aeree in linee elettriche sotterranee e ciò al fine di tutelare e proteggere gli uccelli in via di estinzione.

81 Si v. *India’s Road To and From the Baku Climate Talks*, reperibile al link <https://www.nrdc.org/bio/vyoma-jha/indias-road-and-baku-climate-talks> (ultimo accesso 27 novembre 2024).

climatica»⁸². Questo nuovo orientamento giurisprudenziale, come si è detto, ha costituito già “a Landmark Judgment”⁸³ che conferma l’attuale tendenza di alcune autorevoli Corti e tribunali internazionali⁸⁴ di riconoscere l’attualità della protezione del clima a livello costituzionale, riconoscendo, specie nel *Global South*, il forte legame tra clima e diritti umani⁸⁵ e, nel contempo, affermare il dovere degli Stati di rispettare l’Accordo di Parigi e il principio della “neutralità climatica”⁸⁶. La decisione ha messo in luce il ruolo creativo – e di supplenza – della giurisprudenza indiana che, come ha già dimostrato il noto caso *Mehta*, ha assunto non solo un ruolo di “guardiano” dei diritti fondamentali, quali il diritto alla vita e all’ambiente sano⁸⁷, ma una “funzione sonda” che consente di elaborare, attraverso una significativa attività interpretativa, nuove garanzie costituzionali, come, difatti, il “diritto di essere liberi dagli effetti negativi del cambiamento climatico”. Ciò ha contribuito a riflettere anche sullo “slancio”⁸⁸ del costituzionalismo climatico nelle sue diverse declinazioni e sul suo successivo sviluppo. Proprio questo ultimo aspetto, costituisce il *quid pluris* della citata sentenza che segna, inevitabilmente, un “momento spartiacque” nella giurisprudenza ambientale indiana: i giudici, nel richiamare l’impegno dell’Unione Indiana nella lotta al cambiamento climatico,

82 R. DUTTA, *How a Critically Endangered Bird Helped Further the Cause of Climate Justice in India*, *The Wire*, 12 Aprile 2024, reperibile al link <https://thewire.in/environment/how-a-critically-endangered-bird-helped-further-the-cause-of-climate-justice-in-india> (ultimo accesso 25 ottobre 2024).

83 A. KELKAR, *The Indian Supreme Court’s Landmark Judgement on Climate Change: Implications Going Forward*, *Claws*, 9 maggio 2024, articolo reperibile al link <https://www.claws.in/the-indian-supreme-courts-landmark-judgement-on-climate-change-implications-going-forward/> (ultimo accesso il 27 ottobre 2024).

84 Come si ricorderà, il 9 aprile 2024, la Corte europea dei diritti dell’uomo (CEDU) – nella sentenza che ha definito il c.d. caso “*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*” contro lo Stato Svizzero – ha sostenuto i diritti di un’associazione svizzera costituita da donne anziane preoccupate per le conseguenze del riscaldamento globale sulle loro condizioni di vita e sulla loro salute; le ricorrenti, in sostanza, lamentavano l’insufficienza da parte delle autorità svizzere per la mancanza di azioni adeguate necessarie a mitigare gli effetti del cambiamento climatico nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Per un approfondimento sulla pronuncia della CEDU si v. A. OSTI, *A qualcuno (non) piace caldo. Il caso KlimaSeniorinnen c. Svizzera avanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo (per non tacer degli altri)*, in *BioLaw Journal*, 2023, N. 2, p. 237 ss. Anche il Tribunale Internazionale del Mare, in un suo recente parere consultivo, ha stabilito il dovere degli Stati di proteggere gli oceani nella consapevolezza che le emissioni di gas serra determinano l’inquinamento marino. Sul punto, si v. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Advisory_Opinion/C31_Adv_Op_21.05.2024_orig.pdf . (ultimo accesso 29 ottobre 2024).

85 Affrontare i cambiamenti climatici attraverso la lente dei diritti umani è una delle caratteristiche chiave dei contenziosi climatici nel Sud del mondo, in contrasto con gli approcci basati sull’illecito tipico nel Nord del mondo.

86 La neutralità climatica è intesa qui come l’equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti dei gas a effetto serra. Per «pozzo» di assorbimento, come recita la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, conclusa a New York il 9 maggio 1992, si intende qualsiasi processo, attività o meccanismo che elimina dall’atmosfera un gas ad effetto serra, un aerosol ovvero un precursore di un gas ad effetto serra.

87 M. K. SCANLAN, *The Role of the Courts in Guarding Against Privatization of Important Public Environmental Resources*, in *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law (MJEAL)*, 2018, Vol. 7, N. 2, p. 237.

88 Sullo slancio del costituzionalismo climatico, in particolare, si v. P. VIOLA, *Climate Constitutionalism Momentum. Adaptive Legal Systems*, Springer, 2022; P. L. PETRILLO, *Il costituzionalismo climatico. Note introduttive*, in *DPCE online*, 2023, N. Sp-2, p. 236.



riconoscono per la prima volta un “diritto costituzionale” ad essere liberi dagli effetti negativi del cambiamento climatico, ancorando le dimensioni costituzionali della giustizia climatica al diritto alla vita, alla libertà personale e al principio di uguaglianza, considerati (ancora una volta) come la vera “spina dorsale” dei diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione indiana.

Un altro momento significativo e di forte attualità per la giustizia climatica in India è da ricercarsi nelle risultanze della COP29 tenutasi a Baku, in Azerbaigian, dall’11 al 22 novembre nel 2024, e che ha visto protagonista, tra i vari paesi in via di sviluppo, proprio la nazione indiana; in questa occasione l’India di Modi ha dimostrato capacità e determinazione nel farsi portavoce del *Global South* nella lotta per la difesa del clima.

La COP29, che ha risentito della rielezione alla Casa Bianca di Trump e del possibile ritiro degli Stati Uniti dagli accordi di Parigi, non ha trascurato che “i paesi non ancora sviluppati” sono quelli che subiscono maggiormente (e per primi) l’impatto del cambiamento climatico e sono anche quelli meno attrezzati per affrontarlo: in altre parole, sono i più vulnerabili e quelli che hanno più fame di giustizia climatica. Partendo da queste premesse, le parti presenti al *Summit* internazionale sul clima hanno siglato un accordo sulla c.d. “finanza climatica” che, secondo alcuni paesi tra cui l’India, non sarà in grado di soddisfare le esigenze dei Paesi in via di sviluppo di decarbonizzare l’economia e far fronte agli effetti della crisi climatica. L’accordo, infatti, è stato definito “*a travesty of justice*”⁸⁹ (poco più che un’illusione ottica)⁹⁰, in quanto le richieste delle nazioni in via di sviluppo di beneficiare di 1,3 trilioni di dollari (1,08 trilioni di sterline) all’anno è stato superato da un accordo finale più blando che ha stabilito un minore impegno da parte dei paesi ricchi di corrispondere solo 300 miliardi di dollari all’anno, con 1,3 trilioni di dollari come obiettivo complessivo⁹¹.

Secondo il governo indiano, il minor impegno assunto dai paesi più ricchi non sarà sufficiente per aiutare i paesi in via di sviluppo a vincere la crisi climatica in corso. In particolare, secondo *Chandni Raina*⁹² – consigliere del Ministero delle Finanze e rappresentante dell’India al *Summit* – la COP29 non è riuscita a inviare un segnale forte sulla necessità di

89 Alcuni paesi (India, Nigeria, Colombia, Panama e altri) hanno affermato che l’accordo risulta “*abissalmente scadente*” rispetto a ciò che sarebbe stato necessario. Sul punto si v. <https://www.theguardian.com/environment/2024/nov/24/cop29-climate-finance-deal-criticised-travesty-justice-stage-managed>, (ultimo accesso 27 novembre 2024).

90 Per l’articolo *La Cop29 di Baku si è conclusa con un accordo solo parzialmente incoraggiante*, si v. <https://www.eunews.it/2024/11/25/cop29-baku-conclusioni-finanza-verde/>, (ultimo accesso 27 novembre 2024).

91 Il nuovo obiettivo sostituisce l’attuale traguardo annuale di 100 miliardi di dollari, raggiunto con due anni di ritardo nel 2022 e ampiamente ritenuto insufficiente per soddisfare le crescenti esigenze delle nazioni più povere di passare all’energia pulita e di adattarsi a condizioni meteorologiche estreme e all’innalzamento dei mari.

92 Si v. <https://www.hindustantimes.com/environment/india-makes-history-at-cop29-rejects-ncqg-decision-speaks-up-for-global-south-101732422329955.html>, (ultimo accesso 27 novembre 2024).

ridurre rapidamente le emissioni e di eliminare i combustibili fossili. Sebbene sia matura la consapevolezza di dover assicurare il “cambio di rotta”, il tanto atteso appuntamento sul clima ha deluso le aspettative. La delegata indiana, nel suo appassionante discorso, ha sostenuto che la decisione finale sull’accordo fosse stata adottata senza la possibilità di ascoltare le posizioni dissenzianti, e con ciò ha ricordato (a tutti i partecipanti) che solo la fiducia e la collaborazione possono guidare un’azione significativa contro il cambiamento climatico che rappresenta, al giorno d’oggi, una delle più grandi sfide esistenziali dell’umanità.

Partendo da questa premessa, l’India dovrebbe sfruttare la sua posizione di *leader* nel Sud del mondo per spingere verso politiche più eque che tengano conto dei “doveri climatici” in capo alle nazioni sviluppate, ritenute già responsabili delle loro emissioni storiche e degli attuali modelli di consumo. Per affrontare la crisi climatica, in altre parole, la comunità globale dovrà, dunque, adottare un approccio più equo e ponderato basato sul principio delle responsabilità comuni ma differenziate: ciò dovrebbe includere il riconoscimento delle emissioni storiche dei paesi sviluppati e la fornitura di un adeguato supporto finanziario e tecnologico alle nazioni in via di sviluppo.

Ciò significa spostare l’attenzione dalla semplice sostituzione dei combustibili fossili con le energie rinnovabili alla promozione di consumi sostenibili e cambiamenti nello stile di vita per assicurare livelli accettabili di giustizia distributiva e intergenerazionale. Per queste ragioni sarà necessaria una strategia più equa e sostenibile che recuperi il “multilateralismo climatico” e riconosca la natura interconnessa di clima, sviluppo e consumo e fornisca il supporto necessario a tutte le nazioni per raggiungere i propri obiettivi climatici (e all’umanità di superare la catastrofe).

In questa cornice, l’India – che ospita, allo stato, oltre un sesto dell’umanità e che rappresenta la terza potenza economica per emissioni di gas serra prodotte – può giocare un ruolo fondamentale nella lotta al cambiamento climatico: la conquista indiana e l’affermazione di un nuovo diritto costituzionale ad essere libero dagli effetti negativi del cambiamento climatico (unitamente alla tutela dei diritti umani legati al clima) può e deve costituire non certo un punto di arrivo, ma un incoraggiante punto di partenza per assicurare il diritto al clima stabile e sicuro delle comunità più vulnerabili, garantire la giustizia climatica e ridurre il *gap* tra paesi ricchi e *Global South*.

BIBLIOGRAFIA

AMIRANTE D., *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato: il caso del National Green Tribunal of India*, DPCE online, 2018, N. 4.



- AMIRANTE D., *Aspettando la catastrofe. L'emergenza climatica fra storia della scienza e filosofia*, in LIMONE G. (a cura di), *Il pudore delle cose, la responsabilità delle azioni, L'era di Antigone. Quaderno di Scienze filosofiche, sociali e politiche*, Franco Angeli, 2019.
- AMIRANTE D., *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Il Mulino, 2022.
- ARNOLD C. A., *Working Out an Environmental Ethic: Anniversary Lessons from Mono Lake*, in *Wyoming Law Review*, 2004, Vol. 4, N. 1.
- BAGNI S., *The Enforcement of New Environmental Rights Through the Courts. Problems and Possible Solution*, in AMIRANTE D.-BAGNI S. (a cura di), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Routledge, 2022.
- BALDIN S.-VIOLA P., *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *DPCE*, il Mulino, 2021, N. 3.
- BAXI U., *Taking suffering seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in *Third World Legal Studies*, 1985, Vol. 4, N. 6.
- BHUSHAN C.-GOPALAKRISHNAN T., *Environmental Laws and Climate Action: A case for enacting a framework climate legislation in India*, International Forum for Environment, Sustainability and Technology, 2021.
- BLUMM M. C.-SCHWARTZ Z. A., *The Public Trust Doctrine Fifty Years After Sax and Some Thoughts on Its Future*, in *Public Land & Resources Law Review*, 2021, Vol. 44, N. 1.
- BUDA M., *Common but Differentiated Responsibility: International Environmental Law Principle*, in *Journal of Law and Public Administration*, 2016, Vol. 2, N. 4.
- BUSSI M. S., *Courting the Environment. Public Interest Action in the Global South*, in AMIRANTE D.-BAGNI S. (a cura di), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Routledge, 2022.
- CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 2019, N. 1.
- CARDUCCI M., *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, 2021.
- CASTREE N., *The Anthropocene and Geography I: The back story*, in *Geography Compass*, 2014, Vol. 8, N. 7.
- CHATURVEDI E., *Climate Change Litigation: Indian Perspective*, in *German Law Journal*, 2021, N. 22.
- CHAKRABARTY D., *The Climate of History: Four Thesis, Critical Inquiry*, n. 35, 2009.
- COLELLA L., *La governance climatica e la mission dei "Comitati consultivi" per il clima. Esperienze europee*, in *Queste istituzioni*, 2024, N. 1.
- COLELLA L., *"L'uccello e il clima": considerazioni a partire dalla sentenza MK Ranjitsinh & Ors. v. Union of India & Ors*, 2024.
- CRUTZEN P., *Benvenuti nell'Antropocene. L'uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, Mondadori, 2005.
- CRUTZEN P., *Geology of Mankind: The Anthropocene*, *Nature*, n. 415, 2002.
- CRUTZEN P., STOERMER E.F., *The 'Anthropocene'*, *The IGB Newsletter*, n. 41, 2000.
- DESTA S.-DESTA K., *Fundamental Human Rights. The Right to Life and Personal Liberty*, Deep & Deep Publications, 2007.
- DOREMUS H., *In Memorium: In Honor of Joe Sax: A Grateful Appreciation*, in *Vermont Law Review*, 2015, Vol. 39.

- DUTTA R., *How a Critically Endangered Bird Helped Further the Cause of Climate Justice in India*, *The Wire*, 12 Aprile 2024.
- FANETTI S., *La Public Trust Doctrine, dalle origini alla climate change litigation*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2022, Vol. 28, N. 2.
- GALLARATI F., *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *BioLaw Journal*, 2022, N. 2.
- GARDINER S. M., *Climate Justice*, in DRYZEK J. S.-NORGAARD R. B.-SCHLOSBERG D. (a cura di), *The Oxford Handbook of Climate Change and Society*, Oxford University Press.
- GHOSH S., *Litigating Climate Claims in India*, in *American Journal of International Law (AJIL) Unbound*, 2020, Vol. 114.
- GHOSH A., *La grande cecità. Il cambiamento climatico e l'impensabile*, Neri Pozza, 2017.
- JENKINS P., *Climate, catastrophe and faith*, Oxford University Press, 2021.
- KASHWAN P., (a cura di), *Climate Justice in India*, Cambridge University Press, 2024.
- KASHWAN P., *Introduction. Climate Justice in India*, in KASHWAN P. (a cura di) *Climate Justice in India*, Cambridge University Press, 2024.
- KELKAR A., *The Indian Supreme Court's Landmark Judgement on Climate Change: Implications Going Forward*, *Claws*, 9 maggio 2024.
- KODIVERI A.-SEN R., *Climate Action Plans and Justice in India*, in KASHWAN P. (a cura di), *Climate Justice in India*, Cambridge University Press, 2024.
- MATE M., *Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public interest litigation in Comparative perspective*, in *San Diego Int'l LJ*, 2010, N. 12.
- MEADOWCROFT J., *Climate Change Governance*, *World Bank Policy Research Working Paper* No. 4941, 2009.
- MERCALLI L.-GORIA A., *Clima bene comune*, Mondadori, 2016.
- ORANGIAS J., *Towards global public trust doctrines: an analysis of the transnationalisation of state stewardship duties*, in *Transnational Legal Theory*, 2021, Vol. 12, N. 4.
- OSTI A., *A qualcuno (non) piace caldo. Il caso KlimaSeniorinnen c. Svizzera avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (per non tacer degli altri)*, in *BioLaw Journal*, 2023, N. 2.
- PETRILLO P. L., *Il costituzionalismo climatico. Note introduttive*, in *DPCE online*, 2023, N. Sp-2.
- PETTERUTI C., *La forza normativa ed interpretativa dei preamboli costituzionali*, *ESI*, 2024.
- POGGESCHI G., *I diritti fondamentali in India fra Costituzione, Corte suprema e diritto tradizionale*, in AMIRANTE D.-DECARO C.-PFÖSTL E., *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Giappichelli, 2013.
- POZZO B., *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Rivista Giuridica Ambiente*, 2021, N. 2.
- RAO M., *Public interest litigation in India: A Renaissance in social justice*, Eastern Book Co, 2004.
- RAVI KUMAR V. M., *Contested Ecology: A Study on Gandhi and Ambedkar Debate from Ecological Perspective*, in *IJRAR*, 2018, Vol. 5, N. 4.
- REUTERS S., *Why India Is Most at Risk from Climate Change*, *World Economic Forum*, 21 March 2018.
- RITCHIE H., *Who Has Contributed Most to Global CO2 Emissions?*, *Our World in Data*, 1 ottobre 2019.
- RONCHI E.-FEDERICO T. et al., *La svolta dopo l'accordo di Parigi – Italy Climate report 2016*, Fondazione per lo sviluppo sostenibile, 2016.



- RYAN E., *The Public Trust Doctrine, Private Water Allocation, and Mono Lake: The Historic Saga of National Audubon Society v. Superior Court*, in ENVTL. L., 2015, Vol. 45, N. 2.
- SAX J. L., *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, in Mich. L. Rev., 1970, Vol. 68, N. 3.
- SAX J. L., *Liberating the Public Trust Doctrine from its Historical Shackles*, in U.C. Davis L. Rev., 1980, Vol. 14.
- SAXENA K. B., *The Forest (Conservation) Amendment Act 2023: A Threat to Forest Lands and Forest Dwellers*, in Social Change, 2024, Vol. 54, N. 1.
- SAGARIN R.D.-TURNIPSEED M., *The Public Trust Doctrine: Where Ecology Meets Natural Resources Management*, in Annu. Rev. Environ. Resour., 2012, Vol. 37, N. 1.
- SCANLAN M. K., *The Role of the Courts in Guarding Against Privatization of Important Public Environmental Resources*, in Michigan Journal of Environmental & Administrative Law (MJEAL), 2018, Vol. 7, N. 2.
- SCHIOPPA E. P., *Antropocene. Una nuova epoca per la Terra, una sfida per l'umanità*, Il Mulino, 2021.
- SIRIWARDANA G., *The Application of Public Trust Doctrine as a Mechanism to Ensure Environmental Protection by Means of Law: A Comparative Analysis between Sri Lankan and Indian Legal Context*, in Proceedings of 8th International Research Conference, KDU, 2015.
- TROIANI L.-CROSTHWAITE A. (a cura di), *Neutralità climatica e decarbonizzazione*, Biblion, 2023.
- VIOLA P., *'Giustizia sociale' e Public Interest Litigation nell'evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici*, in DPCE online, 2018, N. 4.
- VIOLA P., *Climate Constitutionalism Momentum. Adaptive Legal Systems*, Springer, 2022.
- WITZE A., *Geologists reject the Anthropocene as Earth's new epoch after 15 years of debate But some are now challenging the vote, saying there were 'procedural irregularities'*, Nature, 6 marzo 2024.

SUSTAINABLE TOURISM LAW IN ITALY? YET TO COME¹

Giacomo Menegus *

Abstract (It): l'articolo affronta il tema dei rapporti tra turismo sostenibile e diritto. Dopo aver definito il concetto di turismo sostenibile e averne delineato i principi di rilievo internazionale (prevalentemente di *soft law*) e le pertinenti politiche europee, si concentra l'esame sul contesto italiano. Al netto di pochi significativi interventi, episodici e slegati tra loro, dall'analisi emerge non solo l'assenza di un quadro normativo sistematico, ma pure la scarsa capacità dei decisori pubblici di superare una retorica generica della sostenibilità, per realizzare davvero i principi del turismo sostenibile con gli strumenti del diritto. Il che conduce a concludere che il diritto del turismo italiano al momento non può ancora dirsi "sostenibile".

Abstract (En): The paper addresses the issue of the relationship between sustainable tourism and law. After defining the concept of sustainable tourism and outlining its principles of international law (mainly soft law) and the relevant European policies, the examination focuses on the Italian context. Apart from a few significant interventions, episodic and disconnected from each other, the analysis highlights not only the lack of a systematic regulatory framework, but also the poor ability of public decision-makers to overcome the rhetoric of sustainability, to truly implement the principles of sustainable tourism with the tools of law. This leads to the conclusion that Italian tourism law cannot yet be regarded as 'sustainable'.

SOMMARIO: 1. Introduction. - 2. Sustainable Tourism. - 3. Sustainable Tourism Law: International Principles and Objectives. - 4. The European Union Law and Sustainable Tourism: a drop in the bucket. - 5. The (Un)sustainability of the Current Italian Tourism Legislation. - 6. Sustainable Tourism and Law in Italy: an underrated relationship.

1. Introduction

1 * Research fellow in Constitutional Law, University of Macerata

This paper is a revised and expanded version of the presentation delivered in the conference 'The prism of sustainability. Multidisciplinary profiles: law, economics and ethics', held in Macerata, March 30 & 31, 2023; forthcoming (with minor revisions) in A. BARTOLACELLI (ed.), *The Prism of Sustainability*, Editoriale Scientifica, Naples. The study and research activities for drafting this contribution are carried out within the framework of the project "Constitutional Profiles of Sustainable and Accessible Tourism" - PON 2014-2020 "Research and Innovation," Action IV.6 "Research Contracts on Green Topics".



One of the most authoritative Italian scholars in Tourism Law, Vincenzo Franceschelli, recently traced the history of Tourism Law in a captivating little book named '*Le Stagioni del Turismo*' (The Ages of Tourism)². In this book, Franceschelli describes the evolution of tourism and its legislation, with a focus on the Italian context, starting with *Le Grand Tour* of Goethe and the scions of the European noble families, touching upon the first pieces of legislation adopted in Italy, specifically addressing tourism (that dates back to 1910), then the rise of the tourism industry, and finally the advent of the European Union law concerning consumer protection. This time-journey ends in contemporary times, with the emergence of mass tourism and its adverse consequences on cities, host communities, and the environment.

In the very last part of the small booklet, Franceschelli focuses on the challenges of Tourism and Tourism Law in our contemporary world. The book was published shortly after the pandemic and reflects that dramatic event which threatened the survival of the tourism industry as a whole. However, despite the pandemic, the first challenge addressed is that of Sustainability and Sustainable Development in Tourism. In this respect, Franceschelli explicitly advocates the emergence of a Sustainable Tourism Law, elaborating on some considerations he has already expressed in previous works on the role of law in relation to Sustainable Tourism.³

This intriguing perspective, however, should be carefully examined, above all to verify whether tourism law, and in particular that of Italy, is actually evolving in the direction of sustainability, or, on the contrary, Franceschelli's thoughts were limited to paving the way for a future course of action.

As Beate Sjøfjell observed, albeit with specific reference to the areas of business and related to business, after the adoption of the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs) in 2015, there is much sustainability talk,⁴ but, at the same time, "[t]here is much 'sustainability washing' (using references to sustainability to cover over continued unsustainable business) and 'sustainability wishing' (for example, business goals related to sustainability without clear plans on how to achieve them)."⁵

This is possibly even more true in the tourism sector, where many public and private actors intend sustainability above all in terms of pure marketing. Sustainability is conceived not as a goal towards which tourism as a whole and all tourism-related activities (such as transport, land use and waste management) should converge, but as a particular kind of tourism, an alternative to conventional mass tourism. Making reference to the framework of approaches to sustainable tourism proposed by Clarke, the current dominant understanding in the

2 V. FRANCESCHELLI, *Le stagioni del turismo. Il viaggio, il diritto, la vacanza*, Key editore, Milano 2021.

3 V. FRANCESCHELLI, *From Tourism to Sustainable Tourism: An Italian Approach*, in V. FRANCESCHELLI, F. MORANDI, C. TORRES (eds.), *Sustainable Tourism Law*, ESHTe, Estoril 2019.

4 B. SJØFJELL, *Sustainability and Law in the Anthropocene*, in *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, Vol. 46, 2022.

5 *ibid.*

tourism industry can be deemed that of 'continuum'.⁶ According to Clarke, this position implies actors are persuaded of the impossibility of replacing the entire gamut of mass tourism with sustainable tourism, as both are based on the simultaneous utilisation of the resources of the destinations. Sustainable tourism is therefore considered a form of tourism among others. In this context, sustainability is employed in the promotion of alternative tourist activities, generally with greater attention to the environmental footprint (as is the case, for example, of the 'slow tourism' of paths, cycling routes, and horse riding or 'ecotourism') and in the tourist destination marketing, with the aim of gaining a (rather narrow) market niche sensitive to environmental and social impacts. Within the broader offer of tourist products, Destination Management Organisations (DMOs) and tourism operators tend to add and develop products that respond to the growing environmentally sensitive demand of a part of the travellers but do not change the whole tourism ecosystem.⁷ Furthermore, the plans for the transformation of tourist destinations in terms of sustainability, even the most ambitious ones, tend to show a very limited level of implementation.⁸ This unsatisfactory transformation depends on many factors, but among others, a crucial role is played by the vagueness of the commitments and the flawed and weak processes to achieve the planned objectives.

Against this gloomy background, this chapter seeks to critically examine the capacity and effectiveness of the main legal instruments that can be deemed as 'Sustainable Tourism Law' to implement genuine sustainability in the tourism sector. The aim is to assess the current inconsistency and poor effectiveness of what is defined as the 'Sustainable Tourism Law' (especially at the Italian level) and, thus, the need to promote further legal studies on sustainability as well as coherent normative reforms in this area in order to achieve a 'strong' sustainable transformation of the tourism sector.

Of course, in order to verify how effective the sustainable tourism law is, it is necessary to explain what the concept of sustainability entails when applied to the tourism sector. In Section 2, I therefore briefly analyse the concept of 'sustainable tourism', referring to the most relevant international declarations and charters. Afterwards, in Sections 3 and 4, sustainable tourism tools at the international and European levels will be investigated, stressing how alongside the great proclamations and objectives, for a number of reasons, the effectiveness of the principles and objectives enshrined in charters and pursued through public policies are still very evanescent. On the basis of these instruments, some key principles of sustainable tourism will

6 J. CLARKE, *A Framework of Approaches to Sustainable Tourism*, in *Journal of Sustainable Tourism*, Vol. 5, 1997, 224.

7 According to a Eurobarometer survey from October 2021, 82% of Europeans are willing to change their travel habits for more sustainable practices, including consuming locally sourced products, reducing waste and water consumption, travelling off-season or to less visited destinations and choosing transport options based on their ecological impact. COMMISSION, *Flash Eurobarometer 499 - Attitudes of Europeans towards tourism* - Report, October 2021.

8 W. JAMIESON, M. JAMIESON, *Managing overtourism at the municipal/destination level*, in R. DODDS, R.W. BUTLER (eds.), *Overtourism: Issues, Realities and Solutions*, De Gruyter, Berlin/Boston 2019).



be emphasised, the implementation of which will then be verified at the Italian level. Finally, in Section 5, the analysis focuses on the Italian context to highlight how the few (but increasing) references to sustainable tourism in national legislation and policies are disappointingly weak and flimsy. At the same time, through a series of paradigmatic examples, the failure of tourism law and related legal instruments to implement the most basic principles of sustainable tourism will be substantiated. The concluding reflections advocate a new season of legal studies on sustainability in tourism legislation in order to enhance and promote the central role of the law for the transformation of the sector and, more generally, of the social culture of the players of the tourism industry.

2. Sustainable Tourism

First, as anticipated, it is necessary to define 'Sustainable Tourism'.

In order to do so, it may be helpful to trace, albeit briefly, the path which, after the emergence of the first concerns on the negative consequences of tourism activity from an environmental, social and cultural perspective, then led - with the affirmation of the more general concept of sustainable development in 1972 - to the elaboration of the notion of sustainable tourism through a series of international conferences.

Relying on the overall picture offered by Fennell and Cooper,⁹ the ideal starting point of this path can be placed at the beginning of the 1950s when the Commission for Travel Development within the International Union for Travel Development (forerunner of the United Nations World Tourism Organisation, UNWTO) started to examine how to minimize the adverse impacts on destinations. In the same period, awareness of a darker side of tourism began to emerge in popular culture.¹⁰ Some seminal studies, such as those by Budowski,¹¹ Krippendorf,¹² and Cohen,¹³ in the 1970s, ushered in new tourism studies on the subject, critically analysing the negative impacts of tourism.

In this first phase, the main problem was usually considered not the tourism industry in general but the rising mass tourism and its adverse environmental, social and cultural effects. This idea led to the theorization and emergence of alternative tourism practices - expressly

9 D.A. FANNELL, C. COOPER, *Sustainable Tourism: Principles, Contexts and Practices*, Channel View Publications 2020.

10 D.A. Fannell and C. Cooper make references to the works of James Cerruti and Thomas Nebbia on Acapulco (*The Two Acapulcos*, in *National Geographic*, 1964), Huw Jones on Gozo (Gozo: the living showpiece, in *Geographic Magazine*, no. 45, 1972, 53) and J Nylon on the Balearic Islands (*Tourism-Spain's Most Important Industry*, in *Geography*, no. 52, 1967 23).

11 G. BUDOWSKI, *Tourism and Environmental Conservation: Conflict, Coexistence, or Symbiosis?*, in *Environmental Conservation*, no. 3, 1976, 27.

12 J. KRIPPENDORF, *Les dévoreurs de paysages: Le tourisme doit-il détruire les sites qui le font vivre?*, Editions 24 Heures, Lausanne 1977.

13 E. COHEN, *The impact of tourism on the physical environment*, in *Annals of Tourism Research*, no. 5, 1978, 215.

conceived as opposed to mass tourism - and also to responsible tourism. The latter - although it is challenging to offer a distinct and unambiguous definition - can be described as a form of tourism that requires an ethical approach ('responsible' is considered here as a synonym of 'ethical'),¹⁴ built on the basis of the imperative to respond in terms of duty to the needs expressed by others. One of the best-known explanations of this kind of tourism dates back to the *Cape Town Declaration* of 2002,¹⁵ organized by the Responsible Tourism Partnership and Western Cape Tourism as a side event preceding the World Summit on Sustainable Development in Johannesburg (South Africa) and attended by 280 delegates from 20 countries. According to the final declaration issued by the Conference, Responsible Tourism is intended to be that which:

- minimizes negative economic, environmental, and social impacts;
- generates greater economic benefits for local people and enhances the well-being of host communities, improves working conditions and access to the industry;
- involves local people in decisions that affect their lives and life chances;
- makes positive contributions to the conservation of natural and cultural heritage, to the maintenance of the world's diversity;
- provides more enjoyable experiences for tourists through more meaningful connections with local people, and a greater understanding of local cultural, social and environmental issues;
- provides access for physically challenged people;
- and is culturally sensitive, engenders respect between tourists and hosts, and builds local pride and confidence.¹⁶

Despite a greater emphasis on the ethical aspects of tourism activities, it is evident that many claims have a solid bond to sustainability and sustainable development, starting from the first statement, which encompasses the three famous pillars of sustainability (environmental, social and economic). This connection/overlapping of the two concepts emerges even more clearly from the *Global Code of Ethics for Tourism*, adopted in 1999 by the General Assembly of the World Tourism Organization and two years later acknowledged by the United Nations.¹⁷ Under Article 3, tourism is expressly considered 'a factor of sustainable development'. And in the *Preamble*, it is also stated that the goal of the World Tourism Organization is "to promote responsible, sustainable and universally accessible tourism in the framework of the right of all persons to use their free time for leisure pursuits or travel with

14 C. DEL BÒ, *Etica del turismo: Responsabilità, sostenibilità, equità*, Carocci editore, Bari 2021.

15 RESPONSIBLE TOURISM PARTNERSHIP and WESTERN CAPE TOURISM, *Cape Town Declaration on Responsible Tourism in Destinations*, South Africa, 2002.

16 *ibid.*

17 WORLD TOURISM ORGANISATION (UNWTO), *Global Code of Ethics for Tourism*, Santiago, Chile, 1999.



respect for the choices of society of all peoples”, combining the two terms of ‘responsibility’ and ‘sustainability’, that seem thus to form a hendiadys.

In the 1980s, in parallel with the rising consciousness that tourism is not the ‘green’ or ‘smokeless’ industry believed up to then, the idea of sustainable development in tourism also emerged.

The fact that tourism is not even mentioned in the landmark *Brundtland Report* (1987) may highlight the lack of widespread awareness, in the late 1980s, of the harmful potential of tourist activities on the environment (or, according to Wall,¹⁸ reflect the “frequent ignoring or ignorance of tourism by policy makers”).

Yet already, in 1980, with the *Manila Declaration*,¹⁹ the foundations had been laid for the inclusion of the concept of sustainable development in the tourism sector. The terms sustainability and sustainable development were actually not mentioned in the document, but many of the principles around which sustainable tourism was later built, were nonetheless clearly enucleated. While focusing above all on the economic and social contribution that can derive from tourism, with particular attention to developing countries, the Declaration highlights how “The satisfaction of tourism requirements must not be prejudicial to the social and economic interests of the population in tourist areas, to the environment or, above all, to natural resources, which are the fundamental attraction of tourism, and historical and cultural sites.” And it also emphasizes the need to promote “improved conditions of employment for workers engaged in tourism and confirm and protect their right to establish professional trade unions and collective bargaining.”

Other international conferences followed, including the *Bad Bull Conference* (1986) and the *Globe '90*. In the latter, according to a still famous definition, “sustainable tourism development is envisaged as leading to management of all resources in such a way that can fulfil economic, social and aesthetic needs while maintaining cultural integrity, essential ecological process, biological diversity and life support systems.” The overall purpose is “of meeting the needs of present tourists and host regions while protecting and enhancing opportunity for the future.” The influence exerted by the contemporary debate on sustainable development is here clear, even from the wording.

Since the beginning of the 1990s, there has been a significant rise in tourism studies devoted to sustainable tourism.

If one of the core principles is precisely that of the proficient management of all the resources the tourism sector relies on, a deeper understanding of what sustainable tourism entails was developed thanks to cutting-edge studies. For instance, Linda Cronin underlined the crucial need for successful sustainable tourism planning to involve local populations and

18 G. WALL, *Is ecotourism sustainable?*, in *Environmental Management*, no. 2, 1996, 207.

19 WORLD TOURISM ORGANISATION, *Manila Declaration on World Tourism*, Manila, Philippines, 1980.

maximize their benefits.²⁰ Along this line, Vincent May highlighted how development has often ignored the values of local people and, as a result, has failed to consider naturally occurring changes in the natural resource itself.²¹ Richard Butler, one of the most influential authors in the field of tourism studies, critically examined the very concept of sustainable tourism, noting that it has often been used without properly defining it or giving it confusing and conflicting definitions. While on the basis of the verb 'to sustain', an appropriate definition of sustainable tourism may be that of "tourism which is in a form which can maintain its viability in an area for an indefinite period of time",²² Butler observed, based on literature, that what was normally meant by the term 'sustainable tourism' was as follows:

Tourism which is developed and maintained in an area (community, environment) in such a manner and at such a scale that it remains viable over an infinite period and does not degrade or alter the environment (human and physical) in which it exists to such a degree that it prohibits the successful development and well-being of other activities and processes.²³

On the basis of this definition and the critical review of the literature of the time, Butler pointed out and addressed some major issues in sustainable tourism, which are still crucial in the contemporary debate, such as the concept of carrying capacity, the control of tourism development (including monitoring and measurement), the need to apply sustainability also to mass or conventional tourism.²⁴

Thanks to scientific research in this realm, the concept of sustainable tourism was further refined and - despite the still ongoing wide debate and controversies on its exact conceptualization - gained specific and distinctive features.

Meanwhile, in 1993, the first issue of the *Journal of Sustainable Tourism* was published.

In 1995, under the auspices of UNESCO, the World Tourism Organization (UNWTO) and several other leading international organizations, a first World Conference on Sustainable Tourism, held on the Spanish island of Lanzarote, laid down the founding principles of sustainable tourism in the *Charter for Sustainable Tourism* (also known as the 'Charter of Lanzarote'). The Charter expressly states that "Tourism development shall be based on criteria of sustainability, which means that it must be ecologically bearable in the long term, as well as economically viable, and ethically and socially equitable for local communities." And it

20 L. CRONIN, *A Strategy for Tourism and Sustainable Developments*, in *World Leisure & Recreation*, Vol. 32, 1990, 12.

21 V. MAY, *Tourism, environment and development: Values, sustainability and stewardship*, in *Tourism Management*, Vol. 12, 1991, 112.

22 R.W. BUTLER, *Tourism - an evolutionary perspective*, in J G Nelson, R W Butler and G Wall (eds), *Tourism and Sustainable Development: Monitoring, Planning, Managing* (Department of Geography Publication 1993).

23 *ibid.*

24 R.W. BUTLER, *Sustainable tourism: A state-of-the-art review*, in *Tourism Geographies*, Vol. 1, 1999, 7.



recognizes 'that tourism is ambivalent, since it can contribute positively to socio-economic and cultural achievement, while at the same time, it can contribute to the degradation of the environment and the loss of local identity.'

As is clear from this brief (and necessarily incomplete) review of the evolution of the concept of sustainable tourism, it is hard to offer an unquestioned and perfectly unambiguous definition of it.

However, in order to undertake the review of sustainable tourism law, reference can be made to the widely used definition of sustainable tourism provided in '*Making Tourism More Sustainable: a Guide for Policy Makers*',²⁵ a set of guidelines built on UNEP and WTO's previous work on different aspects of sustainability, issued in 2005.

According to the UNEP/WTO definition, sustainable tourism is:

Tourism that takes full account of its current and future economic, social and environmental impacts, addressing the needs of visitors, the industry, the environment and host communities.²⁶

More precisely, it states that the sustainable tourism development guidelines and management practices laid down in the document 'are applicable to all forms of tourism in all types of destinations, including mass tourism and the various niche tourism segments. Sustainability principles refer to the environmental, economic and socio-cultural aspects of tourism development, and a suitable balance must be established between these three dimensions to guarantee its long-term sustainability'.

In addition, according to UNEP/WTO, sustainable tourism should:

1) Make optimal use of environmental resources that constitute a key element in tourism development, maintaining essential ecological processes and helping to conserve natural resources and biodiversity. 2) Respect the socio-cultural authenticity of host communities, conserve their built and living cultural heritage and traditional values, and contribute to inter-cultural understanding and tolerance. 3) Ensure viable, long-term economic operations, providing socio-economic benefits to all stakeholders that are fairly distributed, including stable employment and income-earning opportunities and social services to host communities, and contributing to poverty alleviation. Sustainable tourism development requires the informed participation of all relevant stakeholders, as well as strong political leadership to ensure wide participation and consensus building. Achieving sustainable tourism is a continuous process and it requires constant monitoring of impacts, introducing the necessary preventive and/or corrective measures whenever necessary. Sustainable tourism should also maintain a high level of tourist

25 UN ENVIRONMENTAL PROGRAMME and UN WORLD TOURISM ORGANISATION (UNEP & UNWTO), *Making Tourism More Sustainable - A Guide for Policy Makers*, 2005.

26 *ibid.* 11-12.

satisfaction and ensure a meaningful experience to the tourists, raising their awareness about sustainability issues and promoting sustainable tourism practices amongst them.²⁷

Relying on this definition, it is now possible to examine the international framework concerning Sustainable Tourism. However, given the strong connection outlined above between responsible tourism and sustainability, the review of the international law framework is not limited only to charters and tools expressly devoted to sustainable tourism but takes also into account instruments concerning ethics in tourism.

3. Sustainable Tourism Law: International Principles and Objectives

If we search for sustainable tourism law, it follows that we must refer to those instruments - irrespective of whether they go or not under the label 'sustainable tourism' - that establish general rules, objectives and principles conceived to attain sustainability in the tourism sector, as broadly described in the previous Section.

At the international level, an array of charters is expressly devoted to Sustainable Tourism.

Just to mention the most significant, the first remarkable commitments can be found in the already cited *Charter for Sustainable Tourism*, signed in Lanzarote in 1995, which appealed to the international community and, in particular, to governments, other public authorities, decision-makers and professionals in the field of tourism, public and private associations and institutions whose activities are related to tourism, and tourists themselves, to adopt the principles and objectives set out therein.

In view of the later analysis of the national framework, it is worth mentioning among others, Principle 9: "Governments and the competent authorities, with the participation of NGOs and local communities, shall undertake actions aimed at integrating the planning of tourism as a contribution to sustainable development" which highlights the importance of tourism planning.

And Principles 3 and 6 as well, on the role and significance of host communities, that state respectively: "Tourism must consider its effects on the cultural heritage and traditional elements, activities and dynamics of each local community. Recognition of these local factors and support for the identity, culture and interests of the local community must at all times play a central role in the formulation of tourism strategies, particularly in developing countries" and: "Quality criteria both for the preservation of the tourist destination and for the capacity to satisfy tourists, determined jointly with local communities and informed by the principles of sustainable development, should represent priority objectives in the formulation of tourism strategies and projects."

Twenty years later, in the city of Vitoria-Gasteiz, the Basque Country, Spain, the same principles of this first declaration were fully reiterated during the World Summit on

²⁷ *ibid.* 11-12.

Sustainable Tourism (ST+20), which adopted the new *World Charter of Sustainable Tourism +20*. In the document, after setting sustainable tourism in the wider context of sustainable development, a series of actions are listed, ranging from the need for governments and international organisations to “integrate sustainability in national and international tourism policies, strategic plans and operations for meeting national sustainable development objectives, and the UN Sustainable Development Goals (SDGs)”²⁸ to the demand to “empower local communities and indigenous peoples and facilitate their involvement in planning and developing tourism”²⁹ and “to consider the carrying capacity of destinations, not only in the case of natural sites but also urban areas, especially when the quality of life of the residents is compromised.”³⁰

The Charter recognises that Sustainable Development Goals (SDGs), adopted in the UN 2030 Agenda for Sustainable Development (2015), represent a significant opportunity to further guide tourism along an inclusive and sustainable course.

The *Sustainable Development Goals (SDGs)* are indeed another key reference for Sustainable tourism in the international context. Tourism is precisely targeted in SDGs 8, 12, and 14. According to Target 8.9, the 2030 Agenda aims to “devise and implement policies to promote sustainable tourism that creates jobs and promotes local culture and products.” The importance of sustainable tourism is also highlighted in Target 12.8.b., which aims to “develop and implement tools to monitor sustainable development impacts for sustainable tourism that creates jobs and promotes local culture and products.” Lastly, sustainable tourism is also identified as one of the tools to ‘increase the economic benefits to Small Island developing States and least developed countries’ as comprised in SDG target 14.7.

Nevertheless, all the 2030 Agenda SDGs, even those that do not report a precise reference to tourism, may be relevant for sustainable tourism. The UNWTO stated that “tourism has the potential to contribute, directly or indirectly, to all of the goals”³¹ and, with the support of the State Secretariat for Economic Affairs of Switzerland (SECO), launched the *Tourism 4 SDGs platform*,³² an interactive online tool that shows the connection between tourism and the different SDGs, while monitoring the relevant initiatives adopted all over the world within the tourism sector.

Good examples of sustainable tourism-related SDGs are the ‘SDG 11 - Sustainable Cities and Communities’, since sustainable tourism can not only be a driver for the promotion of urban regeneration and the preservation of cultural heritage, but it can also counteract the deleterious effects, especially on an environmental and social level, that mass tourism produces on the most fragile destinations. Or also the ‘SDG 5 - Gender Equality’, as the

28 *World Charter for Sustainable Tourism +20*, Vitoria-Gasteiz, the Basque Country, Spain, 10.

29 *ibid.* 11.

30 *ibid.*

31 WORLD TOURISM ORGANIZATION (UNWTO), *Tourism and the Sustainable Development Goals*, 2015.

32 WORLD TOURISM ORGANIZATION (UNWTO), *Tourism for SDGs (T4SDG)*.

UNWTO observes, "Tourism can empower women, particularly through the provision of direct jobs and income-generation from SMEs in tourism and hospitality-related enterprises. Tourism can be a tool for women to become fully engaged and lead in every aspect of society."³³

In the field of responsible tourism, the most relevant document is the *Global Code of Ethics for Tourism*, adopted in 1999 by the General Assembly of the World Tourism Organization.

The Code sets out a list of principles designed to guide key-players in tourism development, addressing governments, the travel industry and stakeholders, host communities and tourists alike. Even if it does not mention the Charter of Sustainable Tourism - arguably because the latter puts too many constraints on governments and the tourism industry, as according to Canestrini³⁴ - the Code, as already stated, comprises even key principles for sustainable tourism. The Code is structured in 10 Articles, amply covering the economic, social, and environmental components of sustainable tourism: Article 1: Tourism's contribution to mutual understanding and respect between peoples and societies; Article 2: Tourism as a vehicle for individual and collective fulfilment; Article 3: Tourism, a factor of sustainable development; Article 4: Tourism, a user of the cultural heritage of mankind and contributor to its enhancement; Article 5: Tourism, a beneficial activity for host countries and communities; Article 6: Obligations of stakeholders in tourism development; Article 7: Right to tourism; Article 8: Liberty of tourist movements; Article 9: Rights of the workers and entrepreneurs in the tourism industry; Article 10: Implementation of the principles of the Global Code of Ethics for Tourism.

Apart from Article 3, explicitly devoted to sustainable development, a significant principle is enshrined under Article 5. In line with the more refined wording of the Charter of Lanzarote, the Global Code states, under Article 5, paragraph 1, that: "Local populations should be associated with tourism activities and share equitably in the economic, social and cultural benefits they generate, and particularly in the creation of direct and indirect jobs resulting from them," thus emphasising the central role of host communities.

Although not legally binding, the Code also features a voluntary implementation mechanism through its recognition of the World Committee on Tourism Ethics (WCTE), to which stakeholders may refer, pursuant to Article 10, matters concerning the application and interpretation of the document.

A non-binding or voluntary set of principles and objectives is a common feature of sustainable/responsible tourism law at the international level. All the declarations and charters mentioned above can be regarded as *soft law* or, at least, *policy instruments*.³⁵ They do not establish any legal obligation either for public authorities or for private stakeholders in tourism

³³ *ibid.*

³⁴ D. CANESTRINI, *Andare a quel paese. Vademecum del turista responsabile*, Feltrinelli 2003.

³⁵ V. FRANCESCHELLI, *From Tourism to Sustainable Tourism: An Italian Approach*, cit., 429.

and display a limited capacity to influence and directly guide tourism activities towards sustainability.

However, positioning the aforementioned Charters within the vast and multifaceted realm of soft law does not necessarily mean that they have no legal value at all. It must be acknowledged that some commitments, especially in declarations expressly devoted to sustainable tourism, do not seem to reach a minimum degree of 'formal legality' or apparently do not adopt a normative wording, being vague, unspecific and not precise, leaving ample room for discretion in application and interpretation.

Nonetheless, most of the sustainable tourism principles retain a certain legal value.

The same conclusions drawn by many international law scholars³⁶ within the debate on the legal value of SDGs and the 2030 Agenda may apply *mutatis mutandis* to the case of sustainable/responsible charters and declarations.³⁷ As for the SDGs, the principles and objectives enshrined in the charters mentioned, in particular when expressly referred to therein, can play a crucial role in interpreting and clarifying the meaning of legally binding instruments. Hence, the focus ought to shift from the soft law instruments *per se* to the potential interactions that can emerge between the principles of sustainable and responsible tourism ('soft law') and more binding legal frameworks ('hard law').

As noted with regard to SDGs and the EU legal order,³⁸ there could also be room for 'substantive borrowing' from sustainable tourism (soft) law, which may be a source of inspiration for legislation at the European and national level.³⁹

However, this potential still remains largely unexpressed.

An attempt to go beyond this minimal approach, intended to reinforce the effectiveness of the Global Code of Tourism Ethics, was made with the drafting and approval of the *Framework Convention on Tourism Ethics* (2019), the first international treaty under the United Nations World Tourism Organisation. The Convention upheld the nine core principles of the Global Code of Ethics for Tourism, which were already accepted by the UNWTO General Assembly and widely known by the international tourism community. Nevertheless, at the same time,

36 A. PERSSON, N. WEITZ, M. NILSSON, *Follow-up and Review of the Sustainable Development Goals: Alignment vs. Internalization*, in *RECIEL*, no. 25, 2016, 59; R.E. KIM, *The Nexus between International Law and the Sustainable Development Goals*, in *RECIEL*, no. 25, 2016, 15; W. SCHOLTZ, M. BARNARD, *The Environment and the Sustainable Development Goals: 'We are on a Road to Nowhere'*, in D. FRENCH, L.J. KOTZÉ (eds.), *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, Edward Elgar Publishing 2018.

37 D. FRENCH, L.J. KOTZÉ (eds.), *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, Edward Elgar Publishing 2018; R. PAVONI, D. PISELLI, *The Sustainable Development Goals and International Environmental Law: Normative Value and Challenges for Implementation*, in *Veredas Do Direito*, no. 13, 2016, 13; M. MONTINI, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, no. 9, 2019.

38 M. RABINOVYCH, *Legal Status and Effects of the Agenda 2030 within the EU Legal Order*, in *Journal of Contemporary European Research*, no. 16, 2020, 182.

39 For the term 'substantive borrowing' reference is made to K. ZIEGLER, *The Relationship between EU Law and International Law*, in *University of Leicester School of Law Research Paper*, no. 17, 2013, 2023.



the Convention is a legally binding instrument under international law: every UNWTO and United Nations member state is currently called on to consider ratifying the Convention, should they choose to do so in alignment with their constitutional protocols and practices. By doing this, they commit to crafting policies that align with the Ethical Principles in Tourism outlined within the Convention.

Unfortunately, for now, accessions to the Convention are still extremely limited since only four States ratified the treaty (Albania, Lebanon, Nigeria, and Seychelles), preventing it from entering into force, since under its Article 20(1), the Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

4. The European Union Law and Sustainable Tourism: a drop in the bucket

For a long time, even if crucial for the very economic, social and cultural integration of Europe, tourism was not included among the matters expressly conferred on the European Union. Only in 1992, with the Treaty of Maastricht, establishing the European Union, did the Community's action also extend to the adoption of 'measures in the field of energy, civil protection and tourism.' The Community was thus authorized to adopt, within the framework of other policies, orientation and development 'measures' in the tourism sector. The interventions have been indirect, through legislative acts and policies in other sectors, such as culture, research, transport, free movement of people, goods and services, small and medium-sized enterprises (SMEs), regional and cohesion policies.

The introduction of the principle of sustainability into initiatives related to tourism at the European level took place through a series of communications issued by the Commission.

The first prominent moment is marked by the Communication '*Basic orientations for the sustainability of European tourism*' of 2003,⁴⁰ in which the European Commission announced "a series of measures to give concrete form to further Community contributions for the implementation of sustainability in the tourism sector."

The same communication anticipated the formation, in 2004, of the '*Group for the Sustainability of Tourism*' (GST), made up of various experts representing in a balanced way the industrial associations, some tourist destinations and the union associations of civil society, aimed at promoting synergies between stakeholders and provide useful inputs to the process of an Agenda 21 for the sustainability of European tourism.⁴¹

In the following communication of June 2006, '*A renewed EU tourism policy: towards a stronger partnership for European tourism*',⁴² the Commission reaffirmed the extreme relevance of the

40 COMMISSION, *Basic orientations for the sustainability of European tourism*, COM(2003) 716 final.

41 C. NOTARSTEFANO, *Turismo e Unione Europea: Profili giuridici e istituzionali*, Hoepli, Milano 2011.

42 COMMISSION, *A renewed EU Tourism Policy: Towards a stronger partnership for European Tourism*, COM(2006) 134 final.

objective outlined in 2003, both as a contribution to sustainable development in Europe and in the world and for its lasting growth, and informed that it had started the elaboration of Agenda 21 for tourism.

The role of the Union with respect to the tourism industry further changed with the Treaty of Lisbon (2007).

According to Article 6(d) and Article 195 of the Treaty of Functioning of the European Union (TFEU), the Union gained a supporting and complementary competence in relation to tourism, which implies that the European Union can only intervene to support, coordinate or complement the action of its Member States in this field.

In particular, Article 195 TFEU states that “The Union shall complement the action of the Member States in the tourism sector, in particular by promoting the competitiveness of Union undertakings in that sector.” This aim is pursued by: “(a) encouraging the creation of a favourable environment for the development of undertakings in this sector; (b) promoting cooperation between the Member States, particularly by the exchange of good practice.”

The year 2007 marked a decisive turning point also with respect to another key communication by the European Commission.

On 19 October 2007, the Commission officially presented the ‘*Agenda for a sustainable and competitive European tourism*’,⁴³ based on the results of the work of the GST presented in the report ‘*Action for a more sustainable European tourism*’,⁴⁴ published in February 2007.

In brief, the Agenda represents a further contribution to the implementation of the renewed Lisbon strategy for growth and jobs and the renewed strategy for sustainable development with specific reference to tourism.⁴⁵

While representing eminently a policy tool, the Communication substantiates the principles on which the European sustainable development of the tourism industry must be based:

- *Take a holistic and integrated approach* - All the various impacts of tourism should be taken into account in its planning and development. Furthermore, tourism should be well balanced and integrated with a whole range of activities that affect society and the environment.
- *Plan for the long term* - Sustainable development is about taking care of the needs of future generations as well as our own. Long term planning requires the ability to sustain actions over time.
- *Achieve an appropriate pace and rhythm of development* - The level, pace and shape of development should reflect and respect the character, resources and needs of host communities and destinations.

43 COMMISSION, *Agenda for a sustainable and competitive European tourism*, COM(2007) 621 final.

44 *Action for More Sustainable European Tourism*, Report of the Tourism Sustainability Group, February 2007.

45 C. NOTARSTEFANO, *op. cit.*, 78.

- *Involve all stakeholders* - A sustainable approach requires widespread and committed participation in decision making and practical implementation by all those implicated in the outcome.
- *Use best available knowledge* - Policies and actions should be informed by the latest and best available knowledge. Information on tourism trends and impacts, and skills and experience, should be shared across Europe.
- *Minimise and manage risk (the precautionary principle)* - Where there is uncertainty about outcomes, there should be full evaluation and preventive action should be taken to avoid damage to the environment or society.
- *Reflect impacts in costs (user and polluter pays)* - Prices should reflect the real costs to society of consumption and production activities. This has implications not simply for pollution but for charging for the use of facilities that have significant management costs attached to them.
- *Set and respect limits, where appropriate* - The carrying capacity of individual sites and wider areas should be recognised, with a readiness and ability to limit, where and when appropriate, the amount of tourism development and volume of tourist flows.
- *Undertake continuous monitoring* - Sustainability is all about understanding impacts and being alert to them all the time, so that the necessary changes and improvements can be made.

Even without mentioning any of the international legal instruments listed in Section 3, the 2007 Agenda is clearly imbued with the principles of sustainable tourism.

In alignment with these guiding principles, the Commission has taken on the responsibility of coordinating efforts to generate and disseminate knowledge regarding sustainable tourism. This includes championing outstanding travel destinations and harnessing the potential of EU financial instruments, for instance, by facilitating the funding of sustainable tourism initiatives through the European Regional Development Funds (ERDF) during the period of 2007-2013. Additionally, the Commission is actively integrating sustainability and competitiveness into every facet of its policy framework.

The Commission actively advanced several significant initiatives. Notably, the ‘*European Destinations of Excellence*’ (EDEN) pilot project stood out. This endeavour concentrated on promoting exceptional European tourist destinations—emerging locales that were both recognizable and aligned with sustainability principles. While the funding for this project was depleted by 2011, the Commission remained committed to its execution through the framework of the programme for enterprise and SME competitiveness (COSME). Among the myriad of European funding programmes dedicated to bolstering sustainable tourism, COSME emerged as a particularly advantageous platform. Over time, it has consistently

provided a favourable arena for financing endeavours related to sustainable cross-border tourism products.⁴⁶

Furthermore, despite the limited legal basis, over the years the European Union has been able to promote and develop other interesting policy instruments.

It is worth mentioning the following:

- The *European Tourism Indicators System* (ETIS) for sustainable destination management is a system of indicators suitable for all tourist destinations, encouraging them to adopt a more intelligent approach to tourism planning. As detailed on the Commission's website, ETIS serves as a multifaceted instrument. It aids destinations in embracing a sustainable approach to managing their locales, functioning as both a managerial resource and a monitoring system. This system is designed for effortless data collection and comprehensive information gathering, enabling destinations to track their performance seamlessly across successive years. It is important to note that ETIS operates as an informative resource rather than a certification programme. This attribute renders it valuable for policymakers, tourism enterprises, and a range of stakeholders.

- The *EU Ecolabel*, the official European environmental label, is available also to tourism accommodation and campsite services willing to prove and promote their environmental excellence.

- The *EU Eco-Management and Audit Scheme* (EMAS), a voluntary tool (environmental certification) developed for companies and organizations in all sectors to evaluate, report, and continuously improve their environmental performance; the most recent EMAS campaign was launched in summer 2023.

As a response to the pandemic crisis, there has been an acceleration of the transition toward sustainability within the European tourism-related policies and initiatives.

In March 2021, for example, although with a focus on the aim of fully restoring the freedom of movement between European countries after the COVID-19 limitations, the European Parliament approved a resolution entitled 'Defining an EU strategy for sustainable tourism'.⁴⁷

In February 2022, the Commission adopted a plan entitled '*Transition Pathway for Tourism*',⁴⁸ an updated EU industrial strategy, which highlights the need to strengthen the resilience of the tourism sector and accelerate the digital and green transitions after the COVID-19 pandemic. The transition pathway identifies 27 areas of measures for the green and digital transitions, and for making the EU's tourism industry more robust.

Focusing on the Section devoted to 'Regulation and Public Governance', among other things, the Plan calls for: fair measures for short-term rentals (STRs); regulatory support for

⁴⁶ COMMISSION, *Sustainable transnational tourism products*.

⁴⁷ EUROPEAN PARLIAMENT, *European Parliament resolution of 25 March 2021 on establishing an EU strategy for sustainable tourism* (2020/2038(INI)).

⁴⁸ COMMISSION, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, *Transition pathway for tourism*, Publications Office of the European Union, 2022.

multimodal travelling; improvement in statistics and indicators for tourism; comprehensive tourism strategies development or update; collaborative governance of tourist destinations.

In response to this plan, the Council adopted the 'EU agenda for tourism 2030' in December 2022.⁴⁹ The Agenda focuses on five priorities: the green and digital transitions; resilience and inclusion; skills and support; and the governance and policy-enabling framework, with several actions included under each priority.

Finally, in November 2022, the Commission proposed a revision of Regulation (EU) 2018/1724 on the collection and sharing of data on short-term accommodation rental services (COM(2022)0571). Paying special attention to SMEs, this proposal - probably one of the most significant regulatory initiatives on sustainable tourism to date - aims to develop a responsible, transparent and fair growth of short-term rentals within a balanced tourism ecosystem. In April 2024, the regulation was definitively approved., as part of the ongoing efforts to promote a balanced tourism ecosystem within the EU.⁵⁰

Taking a holistic view of the European journey, significant strides have been taken by the Union in bolstering initiatives for sustainable tourism. This progress has been evident through focused policies and substantial financial support. Nevertheless, given its restricted jurisdiction, the Union's impact on regulatory dimensions, particularly in the domain of 'sustainable tourism law,' has been comparatively restrained. Notably, recent initiatives related to short-term rentals, though pending final approval, stand as an exception to this trend.

In essence, while the European Union has proactively championed sustainable tourism via policy directives and public strategies, its legislative framework concerning sustainable tourism remains somewhat confined.

5. The (Un)sustainability of the Current Italian Tourism Legislation

Attempting to identify 'true' sustainable tourism law at the Italian level proves to be a daunting task. On the surface, the term 'sustainable tourism' appears frequently in various tourism planning documents, policies, and advertisements, giving the impression that the Italian tourism system has embraced sustainability and shifted away from traditional mass tourism.

However, beneath this veneer of 'sustainability,' the reality is quite different. The Italian legislation concerning tourism remains largely unchanged, as does the majority of the tourism industry.

For example, the '*Strategic Plan for Tourism Development*', a significant policy instrument in Italy covering the years 2017-2020 and adopted by the Minister of Cultural Heritage and

49 COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *New European agenda for tourism*, Press release, 1 December 2022.

50 Regulation (EU) 2024/1028 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 on data collection and sharing relating to short-term accommodation rental services and amending Regulation (EU) 2018/1724.



Tourism, prominently features sustainability throughout its policies.⁵¹ Similarly, the new Strategic Plan for the years 2023-2027, adopted in June 2023, follows a similar approach, with the words ‘sustainability’ and ‘sustainable’ mentioned extensively.⁵² However, upon closer examination, it becomes evident that the initiatives and actions labelled as ‘sustainable’ are often ambiguous or limited to ecological transitions in specific, narrow segments of the Italian tourism industry.

In essence, while there is a prevailing appearance of sustainability in official documents, the concrete implementation of genuinely sustainable practices within the broader tourism sector remains lacking. A good example of these kinds of initiatives is the so-called ‘*Fund for sustainable tourism*’,⁵³ with a budget of 25 million euros, which funds accommodation facilities and tourism businesses for the three-year period 2023-2025 to: 1. carry out interventions useful for the conception, creation, promotion and enhancement of projects that encourage more sustainable tourism; 2. carry out interventions aimed at obtaining sustainability certification; 3. create a list of official bodies to issue the aforementioned certifications.

Similar public policies are planned in regional legislation (see, for instance, those of Veneto⁵⁴ and Lombardy⁵⁵) and almost all the recent regional laws on tourism comprise a number of ‘decorative’ references to sustainable tourism.⁵⁶

The most significant references to ‘true sustainability’ can be found in policies that aim to promote alternative forms of tourism, such as walking, sustainable mobility, and exploring alternative routes, products, and destinations. However, these policies suffer from the same limitation mentioned earlier, as they often consider sustainable tourism only as a niche market rather than a comprehensive goal for the entire tourism industry (see Section 1).

One of the most noteworthy initiatives in this regard is outlined in the Italian National Resilience and Recovery Plan (NRRP), which places a strong emphasis on sustainable tourism by allocating substantial resources to projects promoting sustainable destinations. Notably, the ‘Attractiveness of villages’ initiative,⁵⁷ commonly known as ‘Bando Borghi,’ has received 420 million in funding. The underlying philosophy behind this investment is to move away from concentrating tourist flows and investments in the so-called ‘big attractors,’ such as major cities of art and popular seaside and mountain destinations. Instead, the focus is on promoting smaller sites, challenging the conventional approach to alternative sustainable tourism. The allocated funds are intended for projects that encompass the urban regeneration of small

51 MINISTERO DEI BENI E DELLE ATTIVITÀ CULTURALI E DEL TURISMO, *Strategic Plan for Tourism Development 2017-2022*.

52 MINISTERO DEL TURISMO, *Strategic Plan for Tourism Development 2023-2027*.

53 MINISTERO DEL TURISMO, Ministerial decree 22 March 2023.

54 Article 44 (*Interventions for sustainable tourism*), Regional Law 14 June 2013, no. 11.

55 Article 75 (*Interventions for sustainable tourism*), Regional Law 1 October 2015, no. 27.

56 See, for example, Veneto Regional Law 14 June 2013, no. 11 ‘*Development and sustainability of the tourism in Veneto*.’

57 G. MENEGUS, *Bando Borghi e autonomie territoriali*, in *Le Regioni*, no. 5, 2022, 931.



villages, restoration and conservation of cultural heritage, and the development of comprehensive management and tourism promotion strategies.

However, even with this investment, several issues have surfaced during implementation.⁵⁸ The main limitation of this policy is that it addresses only a few specific territorial contexts, failing to stimulate an overall transition toward sustainability in the entire national tourism system.

In essence, while there is a prevailing appearance of sustainability in official documents, the concrete implementation of genuine sustainable practices within the broader tourism sector remains lacking.

A prominent example of the failure of tourism law to implement the principle of sustainability is offered by the Italian (non)regulation of short-term rentals.⁵⁹

It is widely recognized that the rise of home-sharing platforms, particularly Airbnb, has led to several negative externalities, especially in cities facing overtourism as popular international tourist destinations.⁶⁰

The proliferation of short-term rentals has resulted in a reduced availability of residential properties for long-term rentals, leading to increased rents as property owners opt for the more lucrative and flexible tourist market. Moreover, local authorities and researchers have reported challenges in managing certain services, such as waste collection and public transport, due to the fluctuating 'temporary population' of tourists that varies significantly in a short period. Gentrification and touristification phenomena have also emerged, negatively affecting businesses not directly related to the tourism sector. Additionally, issues have arisen concerning disturbances for neighbours and local residents.

The fiscal aspect is another critical consideration. It involves not only addressing tax evasion related to income from short-term rentals but also managing the collection of tourist taxes.

From a social perspective, the impacts of short-term rentals on host communities are clearly at odds with the principles of sustainable tourism.

However, unlike most European cities and states, such as Paris, Berlin, or Barcelona,⁶¹ Italy has yet to establish a comprehensive regulatory framework aimed at promoting sustainable development in the tourist accommodation sector while considering the housing needs of local communities.

⁵⁸ *ibid.* 934 ff.

⁵⁹ G. MENEGUS, *Processi di regolazione della sharing economy: oltre la self-regulation*, in *Osservatorio sulle fonti*, no. 3, 2021, 1436-37.

⁶⁰ F. CELATA, A. ROMANO, *Overtourism and online short-term rental platforms in Italian cities*, in *Journal of Sustainable Tourism*, Vol. 30, 2022.

⁶¹ G. BEI, F. CELATA, *Challenges and effects of short-term rentals regulation: A counterfactual assessment of European cities*, in *Annals of Tourism Research*, Vol. 101, 2023.

The initial legislation addressing the matter was Article 4 of decree-law no. 50/2017 (converted into law no. 96/2017), entitled 'Tax regime for short-term rentals.' Primarily focused on fiscal matters, this regulation faced partial implementation due to disputes between Airbnb and the Revenue Agency, even leading to legal proceedings. Subsequently, Article 13-quater of decree-law no. 34/2019 introduced 'Provisions on short-term rentals and accommodation businesses,' amending decree-law no. 50/2017. This led to the creation of the 'Database of accommodation facilities and properties intended for short-term rentals' by the Ministry of Tourism (Ministerial Decree no. 1782 of 29 September 2021).

At the regional level, many Regions have adopted regulations to introduce a registration code, aiming to facilitate control and monitoring of tourist accommodation by local authorities.⁶²

Having limited jurisdiction in this field, certain cities have implemented innovative approaches to address the excessive proliferation of short-term rentals. For example, in Venice, the Urban Construction Regulation (RUE) was reformed to require all houses used for tourist rentals to have a 'septic tank.' While initially intended for all private homes to protect the Venice Lagoon environment, the requirement was indefinitely suspended due to implementation challenges in the historic city. However, it still applies to hotels and tourist accommodation, leading the municipality to treat short-term rentals and B&Bs as regular accommodation facilities.⁶³ Similarly, starting from June 2023, the Municipality of Florence, based on Tuscany's land use legislation (Regional Law no. 65/2014), decided to ban any new openings of short-term rentals, B&Bs, and similar accommodation in the UNESCO historic city centre.⁶⁴ Following a temporary suspension of the initiative in 2024 due to formal reasons, the new city administration reinstated the restriction during the summer of the same year. Meanwhile, the Tuscany Region also took action toward the end of 2024 with a comprehensive reform of its tourism legislation (Regional Law No. 61 of 2024, the so-called *Unified Tourism Act*), allowing around 90 Tuscan municipalities with the highest tourist density to introduce limitations on short-term rentals⁶⁵. However, the legislation is still awaiting implementation by municipal administrations.

During the Draghi Government, Article 37-bis Decree-Law no. 50/2022 was introduced, offering 'Measures to encourage the increase in the supply of rental accommodation for long-term residential use in the historic city of Venice.' This regulatory intervention, although

62 G. MENEGUS, *Recenti interventi delle regioni ordinarie in materia di locazioni per finalità turistiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, no. 1, 2020.

63 The Regulation was challenged before the Regional Administrative Court, which upheld it twice: TAR Veneto, judgment 27 December 2022, no. 1961 and judgment 8 July 2023, no. 1022.

64 E. FERRARA, *Firenze, Nardella annuncia lo stop a nuovi Airbnb nel centro storico*, in *la Repubblica*, 1 June 2023.

65 See Article 59 (*Criteria and limits for the operation of short-term tourist rental activities*), Regional Law No. 61 of 2024.

limited to Venice, stands out as the first example of ‘hard regulation’ in this field in the Italian context. It grants the Municipality the authority to integrate urban planning tools with specific regulations to define maximum limits and conditions for the use of residential properties for short-term rentals, particularly in the historic centre and the islands of the Venetian Lagoon.

However, the municipal regulation necessary for its implementation has not yet been approved; a debate is currently underway in the city council over a draft that merely introduces a few behavioural obligations for hosts and guests and is unlikely to have any effect on reducing STRs.

Only in the summer of 2023 did the Ministry of Tourism begin studying some form of limitation on short-term rentals. Unfortunately, partly due to some internal disagreements within the governing majority, the outcome of the debate and study process has been disappointing. Article 13-ter of Decree-Law no. 145/2023 (converted into law no. 91/2023) merely introduces a national registration code for accommodation facilities (including STRs) and some safety obligations. These are measures aimed at combating irregular activities and improving the quality of hospitality, but they have nothing to do with the sustainability of the short-term rental sector.

Another critical issue largely unaddressed by Italian legislation is overtourism. The term ‘overtourism’ refers to situations in which the impact of tourism exceeds the physical, ecological, social, economic, psychological, and political capacity thresholds in certain locations and at specific times (according to the ‘*Research for TRAN Committee - Overtourism: impact and possible policy responses*’⁶⁶).

Several renowned Italian tourist destinations, such as Florence and Venice,⁶⁷ are widely recognized examples of overtourism on a global scale. Venice, in particular, has become synonymous with the ‘Venice syndrome,’⁶⁸ which signifies the detrimental effects of unsustainable tourism development on the city. The Cinque Terre in Liguria is also facing similar challenges.

While innovative approaches and tools to mitigate overtourism are being studied worldwide, Italy, despite being one of the countries most affected by this phenomenon, lacks a regulatory framework and specific initiatives to tackle the issue effectively. The current promotion of lesser-known and less-visited destinations and itineraries, while a step in the right direction, has yielded uncertain results.

The absence of clear legislation and a defined toolbox leaves few local administrations that are willing to regulate or limit tourist flows with inadequate and questionable tools that offer

66 P. PEETERS ET AL. (2018) *Research for TRAN Committee - Overtourism: impact and possible policy responses*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels.

67 E. NOLAN, S. HUGUES, *Venice: capacity and tourism*, in R. DODDS, R.W. BUTLER (eds.) *Overtourism: Issues, Realities and Solutions*, De Gruyter, Berlin/Boston 2019.

68 C. MILANO, *Overtourism and tourismphobia: Global trends and local context*, Ostelea School of Tourism & Hospitality, Barcelona 2017.

limited effectiveness. However, as outlined in Sections 2, 3, and 4, one of the fundamental principles of sustainable tourism is to ensure destinations operate within their proper carrying capacity by implementing limits and regulations through laws.

In relation to the cities of art, the Municipality of Venice has the option to implement a tourist tax, commonly referred to as an 'entry ticket,' specifically targeting day-visitors to the city.⁶⁹ The primary objective behind this measure is to effectively manage tourist influx during peak periods and alleviate overcrowding.⁷⁰

Implemented by the Italian Government to safeguard the city from potential UNESCO 'blacklisting' as a World Heritage Site in Danger, the tourist fee has sparked numerous concerns about its validity. The fee, designed for day-trippers, has raised doubts due to its extensive list of exemptions and its relatively low cost, leading to doubts about its actual effectiveness. Moreover, the Municipality is now encountering mounting opposition from a segment of the local population who fears the city's transformation into a mere museum-like destination. Simultaneously, the administration itself was uncertain about the appropriate timing and implementation methods for the tax. As a result, the enforcement of the tax was continuously postponed and remained stalled until last year.

In light of the new UNESCO recommendation to 'blacklist' the city, disclosed in Summer 2023, a brief experimental phase was conducted in 2024, limiting the application of the entry fee to a few days. Although it generated significant revenue, the tax does not appear to have had any impact on the influx of tourists, which—according to available data—actually increased compared to those who visited the city during the same period the previous year.⁷¹

The picturesque villages of Cinque Terre in Liguria attract millions of tourists each year, especially day-trippers, who wander through the charming alleys and narrow streets of their historic centres. However, in Spring 2023, the situation escalated to severe overcrowding, raising safety concerns during the Easter weekend. This has reignited discussions about implementing restrictions on the number of tourist entries to these small villages.⁷² So far, concrete measures have been limited to controlling access to the renowned 'Via dell'Amore,' a scenic pedestrian route connecting Riomaggiore and Manarola. To walk this path, visitors must now book in advance and pay a fee.⁷³

69 Article 1, paragraph 1129, Law no. 145/2018 (Budget Law 2019).

70 L. TOSI, E.M. BAGAROTTO, *La tassazione delle città d'arte ed il contributo di accesso alla città di Venezia*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, no. 1, 2021, 97; L. TOSI, *Le possibili alternative: l'esperimento della tassa di sbarco a Venezia e la prospettiva della city tax*, in R. CORDEIRO GUERRA (ed.), *Città d'arte e fisco: Verso un Turismo sostenibile?*, Pacini Giuridica 2021.

71 R.A. HUGHES, *Evasion, confusion and protests: How effective is Venice's new tourist tax?*, in *Euronews*, 21 May 2023. See also E. VIANELLO, *Aspettando l'ultima onda: Venezia e la gestione dell'overtourism*, in *DiTe - Rivista di studio delle dinamiche territoriali*, 9 January 2025.

72 *Cinque Terre invase dai turisti: i sindaci chiedono una legge speciale*, in *IlSole24Ore*, 10 April 2023.

73 M. BOMPANI, *Cinque Terre, Via dell'Amore a pagamento: 5 euro per 160 metri*, in *la Repubblica*, 6 July 2023.



Similarly, in Liguria's Portofino, the Mayor issued an order in April 2023 to establish 'no-waiting zones' in an attempt to deter tourists from stopping to take selfies and congesting the area.⁷⁴

In Sardinia, faced with similar overcrowding issues, efforts are being made to preserve the marine ecosystem by setting sustainable limits on some particularly fragile beaches. The Municipality of Baunei, for instance, has decided to maintain access restrictions to certain beaches in 2023, a measure already enforced in previous years. Another well-known beach, 'La Pelosa' in Stintino, will also have limited access between June 1 and October 31, 2023.⁷⁵

Notably, other destinations have also implemented restrictions. The Lake of Braies, popularized by the TV drama 'One step from heaven' ('*A un passo dal cielo*'), has experienced a surge in mass tourism. Consequently, access limitations have been introduced to maintain the site's integrity.⁷⁶

The preceding overview of significant cases demonstrates that local authorities typically respond to overtourism using ad hoc measures, which may have questionable effectiveness (evident in the case of Venice), or emergency orders which, while useful for urgent situations, are not suitable for managing the recurring issue of overtourism.

An innovative and sustainable approach has been adopted by the Autonomous Province of Bolzano/Südtirol, where a complex system of maximum overnight stays, varying by municipality, has been implemented.⁷⁷ This exemplifies, however, an almost unique nationwide effort to address overtourism. Likewise, in the Trentino-Alto Adige Region, the Provinces of Trento and Bolzano have undertaken initiatives (#*Dolomitesvives*) to regulate motorized traffic flows on Alpine Pass Roads, specifically to promote sustainable tourism and mobility.⁷⁸

Nonetheless, such examples of excellence remain limited in number. Some cases, often cited in international literature as instances of sustainable tourism, may, upon closer examination, reveal a narrower scope of actual impact.

This concerns the two decree-laws (no. 45 of 2021 and no. 103 of 2021) implemented by the Draghi Government, aiming to restrict the passage of cruise ships in the San Marco Basin and eventually exclude them from the Venice Lagoon after a transition period.⁷⁹ This decision

74 A. SYMONS, *Portofino introduce il divieto di sosta pedonale*, in *Euronews*, 10 May 2023.

75 V. IORIO, *Turisti, in Italia ed Europa è boom: sono troppi? Perché l'«overtourism» è un problema*, in *Il Corriere della Sera*, 26 July 2023.

76 G. PICCOLI, *Turismo al lago di Braies, auto a numero chiuso nella perla dell'Alto Adige*, in *la Repubblica*, 12 July 2022.

77 PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO/SÜDTIROL, *Programma provinciale per lo sviluppo del turismo 2030+ (PPST 2030+)*.

78 G. ERSCHBAMER, E. INNERHOFER, H. PECHLANER, *Dossier - Overtourism. Ovvero quando il turismo supera i limiti*, Eurac, October 2018. The order laid down by the Province was challenged before the Local Administrative Court, which upheld it; see TAR Bozen, 9 May 2018, no. 157.

79 L. CASINI, *La salvaguardia di Venezia "città acquatica": dall'utopia alla realtà*, in *Aedon*, no. 2, 2021, 145.

garnered significant attention globally. Despite receiving positive international recognition, the restrictions outlined in the decrees do not fully align with the principles of sustainable tourism.

Regrettably, cruise ships are still allowed to dock in the environmentally delicate Venice Lagoon, specifically at the Port of Marghera, which is part of the UNESCO World Heritage site along with the city of Venice. The current decree-laws have primarily achieved a form of 'aesthetic' sustainability, as the large cruise ships (so-called '*Grandi Navi*') are prohibited from passing before San Marco Square. However, true environmental sustainability has not been fully realized as these ships still impact the lagoon's fragile ecosystem.

Another critical aspect that deserves attention is the potential impact of climate change on the Italian tourism industry. In line with the principles of sustainable tourism, which emphasize long-term planning and preserving tourist resources for future generations, it is essential for the government and public authorities to conduct studies and develop adaptation and conservation strategies.

However, there is a notable absence of fully reliable monitoring and up-to-date data reflecting the latest scientific predictions on climate change. The most significant effort in this direction can be traced back to 2014, when the Ministry of the Environment adopted the '*Report on the state of scientific knowledge on impacts, vulnerability, and adaptation to climate change in Italy*.'⁸⁰

And yet, already in the 2014 Italian Report it was stated that:

a growing share of foreign tourists will tend to leave Italy for less warm destinations, while a growing share of Italian tourists will tend to choose Italy instead of warmer destinations. The balance is generally negative, but at the regional and provincial level these two effects are distributed according to the respective share of international and domestic tourists on the national total.⁸¹

The estimated decline in tourist numbers varies significantly across different regions, with some experiencing slight drops and others facing more pronounced declines. However, the overall picture, drawn in 2014 and spanning three decades (2020, 2030, 2050), remains alarming.⁸²

The lack of proper monitoring is closely linked with weak adaptation planning, as highlighted during Summer 2023. The Italian press covered the upset reactions of Italian politicians to statements made by the German Minister of Health, Karl Lauterbach, during his

80 MINISTERO DELL'AMBIENTE, *Rapporto sullo stato delle conoscenze scientifiche su impatti, vulnerabilità ed adattamento ai cambiamenti climatici in Italia*.

81 *ibid.* 94.

82 *ibid.* 94-95.

vacation in Italy.⁸³ He expressed concerns about Italy's future as a tourist destination in the face of exceptional heat waves related to climate change.⁸⁴ In response, the Minister of Tourism, Daniela Santanchè, made vague references to the principle of sustainability in the Strategic Tourism Plan,⁸⁵ giving the impression that Italy lacks a concrete and clear strategy to address climate change impacts on tourism.

Back in 2015, the '*National Strategy for Adaptation to Climate Change*,'⁸⁶ based on the work of the Euro-Mediterranean Centre on Climate Change (CMCC), already highlighted the severe effects expected on the tourism industry, particularly regarding the number of incoming visitors. The strategy was implemented through the '*National Plan for Adaptation to Climate Change*' (PNACC),⁸⁷ a tool guiding the most effective adaptation actions in Italy and integrating adaptation criteria into existing planning tools. The plan, finally released only in December 2023⁸⁸, outlined several critical effects of climate change on tourism. It predicted both direct and indirect negative impacts, including shifts in travel destinations towards higher latitudes and altitudes, seasonal changes in tourist flows, and a shift in preferences for foreign and Italian tourists.

The ski tourism sector would be significantly affected, with the potential loss of natural snow cover in many ski resorts due to rising temperatures. Alarming, even a moderate temperature increase of 1°C could render several ski resorts in Friuli Venezia Giulia and other regions incapable of maintaining a winter season. The lack of structured adaptation strategies at the national level is concerning, especially considering that many areas still plan to build ski facilities despite the projected loss of natural snow.

Concluding our examination of sustainable tourism law in Italy, let us now delve into the regulation of tourist taxes, known as '*imposte di soggiorno*' and '*tasse di sbarco*.' These taxes, with their Pigouvian nature,⁸⁹ hold the potential, from an economic theory perspective, to counteract the negative externalities caused by high tourist flows on host communities and the ecosystem. They align with the concept of sustainable tourism, aiming to address the impacts of tourism in a balanced manner.

83 Il ministro della Sanità tedesco in visita in Italia: "Qui il turismo non ha futuro. Usare le chiese come celle frigorifere", in *La Repubblica*, 23 July 2023.

84 The original tweet in German said the following: "Heute in Bologna Italien eingetroffen, jetzt geht es in die Toskana. Die Hitzewelle ist spektakulär hier. Wenn es so weiter geht werden diese Urlaubsziele langfristig keine Zukunft haben. Der Klimawandel zerstört den Süden Europas. Eine Ära geht zu Ende.", in X/Twitter, 13 July 2023.

85 Il ministro della Sanità tedesco e l'Italia: "Il turismo senza futuro". L'altolà di Santanchè, in *La Stampa*, 23 July 2023.

86 Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, *Strategia nazionale di adattamento ai cambiamenti climatici (SNAC)*, Decree no. 86 of 16 June 2015.

87 Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, *Piano Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici*, December 2023.

88 See Decree no. 434 of 21 December 2023.

89 A.C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, Macmillan & Co., London 1920.

However, despite their potential, tourism law faces challenges in achieving true sustainability with these taxes.⁹⁰ Firstly, the revenue generated from these taxes is legally allocated to ‘interventions in the field of tourism.’ Unfortunately, in destinations experiencing significant tourist inflows, this allocation might inadvertently exacerbate rather than alleviate the spiral of touristification, intensifying the pressures on host communities. Secondly, the involvement of stakeholders in the decision-making process is a crucial principle of sustainable tourism, as discussed in Sections 2 and 3. However, the current obligation for municipalities to engage only the ‘most representative associations of the owners of accommodation facilities’ excludes the participation of host communities. This exclusion undermines the fundamental concept of sustainable tourism, which emphasizes the inclusion of local communities in decision-making to ensure tourism benefits are distributed equitably.

6. Sustainable Tourism and Law in Italy: an underrated relationship

In conclusion, the concept of sustainable tourism in Italy is yet to be fully embraced and translated into a comprehensive legal framework. Despite the frequent mention of ‘sustainability’ in various tourism planning documents and policies, the existing legislation related to tourism remains largely unchanged. The absence of a clear and robust regulatory framework presents challenges in ensuring the proper management and development of the tourism industry while safeguarding the environment, communities, and visitors.

For sustainable tourism to become a reality, regulation is imperative.

Already in 2005, UNEP and UNWTO highlighted the central role in the development of sustainable tourism of what is defined as ‘command and control instruments.’ In particular, the aforementioned document *‘Making Tourism More Sustainable - A Guide for Policy Makers’* provides a comprehensive and convincing overview of various command and control instruments that can be used to promote sustainable tourism.⁹¹ These instruments include legislation, regulation, licensing, land use planning, development control, and Environmental Impact Assessment (EIA).

Legislation, regulation, and licensing play a critical role in strengthening sustainability by establishing compulsory and enforceable requirements with associated penalties for non-compliance. Specific aspects, such as location and nature of development, employee rights, visitor safety, environmental damage, and resource use, should be covered by a basic legal framework applicable to all types of tourism.⁹²

90 G. MENEGUS, *Le imposte turistiche locali: per un ripensamento nel segno della sostenibilità*, in *IV Convegno di contabilità pubblica. Atti Convegno Nazionale di Contabilità Pubblica Venezia, 16-18 dicembre 2021*, Editoriale scientifica, Napoli 2023, 831-840.

91 UN ENVIRONMENTAL PROGRAMME and UN WORLD TOURISM ORGANISATION (UNEP & UNWTO), *Making Tourism More Sustainable - A Guide for Policy Makers*, 2005, 78 ff.

92 *ibid.*

According to UNEP and UNWTO, to support tourism sustainability, existing legislation should be reviewed and strengthened, considering factors like positive encouragement for sustainable tourism, powers of relevant bodies, and stakeholders' ability to engage in sustainable tourism. A national tourism law, coordinated with other relevant laws, can provide the basis for underpinning sustainability and controlling tourism-related activities.⁹³

A particular emphasis is put on land use planning and development control, which are deemed essential for sustainable tourism, influencing tourism development and other forms of development that may impact tourism. Planning should be strategic, flexible, and participatory, integrating tourism strategies with spatial planning at the national, regional, and local levels. Zoning and regulations should be utilized as well to control tourism development, and development control processes should ensure compliance with regulations and prevent illegal development.⁹⁴

Finally, the relevance of Environmental Impact Assessment (EIA) is stressed: EIA can enhance sustainability by evaluating the potential impacts of tourism development on the environment and communities and, according to the guidelines, should be used more extensively and effectively as a requirement for developers, and its application to tourism should be clarified and extended in appropriate cases.⁹⁵

Overall, the document emphasizes the need for strong command and control instruments to achieve sustainable tourism, protect the environment, and promote responsible tourism practices.

In Italy, the lack of such a comprehensive regulatory framework for sustainable tourism, or even the limited implementation of some of the tools mentioned in the document, raises considerable concern, especially given the rapid expansion of the tourism industry in the post-pandemic era. Without adequate legal mechanisms, competing rights and interests beyond the tourism sector may be jeopardized.

It is imperative for constitutional law and public law scholars to play a more active role in facilitating the transition of the tourism industry towards sustainability. Historically, the attention of constitutional scholars on tourism primarily revolved around the division of legislative powers between the State and the Regions, with minimal focus on the general issues of regulating tourist activities. However, recent developments, particularly the emergence of sustainable tourism as a response to the adverse impacts of conventional mass tourism, have revealed the constitutional significance of the industry.

The concept of sustainability applied to tourism has shed light on imbalances and injustices stemming from unsustainable practices, paving the way for new avenues of research. Foremost among these is the exploration of the rights and freedoms of host communities and

93 *ibid.* 79.

94 *ibid.* 82-86.

95 *ibid.* 88-89.

other vulnerable actors in the tourism sector. Thus far, legal scholarship has predominantly centred on safeguarding the rights of tourist businesses and visitors, overlooking the negative repercussions on host communities, urban environments, and other non-tourism-related economic activities. These concerns underscore the necessity for further studies and understanding of both established rights (e.g., housing, property, economic enterprise) and emerging interests (e.g., the right to the city, the right to a stable climate, the rights of future generations) in the face of tourism impacts.

The challenges posed by the imperative to regulate and manage tourism sustainably have exposed the inadequacy of existing legal and policy tools. Addressing this requires a comprehensive evaluation of the current legal framework and the distribution of powers among different levels of government, as well as careful consideration of conflicting rights, experimentation, impact analysis, and many other factors.

The required active involvement of all stakeholders, particularly host communities, in the planning and regulation of tourism activities necessitates reforming existing governance structures and processes, such as those related to tourism taxes. This requires renewed research in participatory tools and public-private partnership frameworks, which challenge principles of horizontal subsidiarity and local participation and democracy.

Lastly, the concept of long-term planning, especially in the face of climate change, and the holistic approach to sustainability in the tourism industry call for extensive reform of tourism legislation. This reform should encompass governance reforms, an innovative and proactive role of public authorities, and the revision of existing instruments and policies.

However, it is crucial to acknowledge that this research endeavour is still in its nascent stages. The complexity of the issues at hand demands collaborative efforts from scholars, policymakers, and stakeholders to create an effective and comprehensive regulatory framework for sustainable tourism.

In conclusion, although the notion of sustainable tourism has been acknowledged to some extent in policy documents, its full realization in Italy remains pending. The country must progress beyond mere rhetoric and take concrete legal actions that genuinely prioritize sustainability within the tourism industry. Achieving this goal necessitates proactive regulation and harmonization of existing laws to safeguard the environment, communities, and visitors while simultaneously promoting responsible and sustainable tourism practices. A comprehensive legal framework is indispensable for Italy to embark on a genuine journey towards sustainable tourism.

As pointed out by Franceschelli in his book, we may envision the age of sustainable tourism as a hopeful prospect, but it is yet to be effectively embraced. The development of sustainable tourism law is a journey yet to unfold, and significant efforts lie ahead.

**SEZIONE SPECIALIZZATA – DIRITTO DEL LAVORO
ALI (AMBIENTE, LAVORO, IMPRESA)**



APPALTO DI SERVIZI, CERTIFICAZIONE DEL CONTRATTO E RIQUALIFICAZIONE DEL FATTO ECONOMICO A RILEVANZA TRIBUTARIA *

Nota a Cass., Sez. trib., ord. 29 luglio 2024 n. 21090

Simone Francesco Cociani **

Abstract [It]: L'Autore esamina la pronuncia della Corte di cassazione, Sezione tributaria, 29 luglio 2024, n. 21090, secondo cui il giudice tributario, nell'accertamento del fatto imponibile, non è vincolato dalla certificazione del contratto di lavoro eventualmente conseguita. Da quanto sopra consegue che, nell'attuazione della norma tributaria, tanto l'amministrazione finanziaria quanto il giudice debbono accertare il fatto economico a rilevanza tributaria, indipendentemente dalle sorti del contratto di lavoro.

Abstract [En]: The Author examines the ruling of the Italian Supreme Court, Tax Section, 29 July 2024, n. 21090, according to which the tax judge, in ascertaining the taxable event, is not bound by the certification of employment contract. From the above it follows that, in the implementation of the tax provision, both the financial administration and the judge must ascertain the economic event with tax relevance, regardless of the fate of the employment contract.

Parole chiave: contratto di appalto di servizi; operazioni inesistenti; Iva; Imposte sui redditi; sanzioni tributarie; certificazione dei contratti di lavoro; riqualificazione; processo tributario; onere della prova.

Keywords: service procurement contract; non-existent operations; VAT; Income taxes; tax penalties; Certification of employment contracts; Requalification; Tax trial; Burden of proof

Nota a Cass., Sez. trib., ord. 29 luglio 2024 n. 21090

Pres. Manzon, Est. Gori, Agenzia delle Entrate c. SAL s.r.l.

L'esercizio del potere-dovere del giudice tributario di qualificare l'operazione economica sottostante un contratto, sulla base della sua esecuzione, è autonomo rispetto alla certificazione del contratto di cui agli artt. 75 e ss. del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e non è precluso dalla mancata impugnazione di tale certificazione davanti al giudice ordinario in funzione di



giudice del lavoro. La certificazione può influire come fatto dedotto nel processo, ma non può vincolare il giudice in punto di qualificazione del rapporto tributario.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I contorni della questione. - 3. L'autonoma qualificazione, a fini tributari, del rapporto di lavoro nella recente giurisprudenza di legittimità. - 4. Alcune precisazioni sulla riconosciuta esistenza del potere di autonomamente qualificare il fatto a rilevanza tributaria, anche quando il relativo contratto risulti munito di certificazione. - 4.1. Quanto all'attività giurisdizionale in sede tributaria. - 4.2. Quanto all'attività amministrativa in sede tributaria e ai relativi limiti procedurali e processuali. - 5. Ulteriori precisazioni sulla potestà amministrativa d'imposizione del fatto imponibile cui è riconducibile il contratto di lavoro certificato. - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

L'intenso ricorso allo strumento del contratto di appalto di servizi che, oggi, è frequente constatare, pone rilevanti questioni, non solo nella dimensione giuslavoristica ma, anche, nelle dimensioni penale e, per quanto in questa sede interessa, nella dimensione tributaria.

Difatti, non di rado, è dato assistere alla (ri-)qualificazione del contratto di appalto di servizi con conseguente inquadramento dei lavoratori alle dipendenze del committente¹.

Come accennato, in relazione alle condotte ora richiamate, sovente si assiste alla contestazione di illeciti penali in ragione della ritenuta inesistenza giuridica del rapporto contrattuale stipulato² e, ancora, alla conseguente contestazione di violazioni tributarie, per lo più in ragione della medesima ritenuta inesistenza delle operazioni descritte nelle fatture

¹ * Il presente scritto è destinato al *liber amicorum* per Francesco Moschetti.

^{**} Professore Associato di Diritto tributario presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia.

A tale riguardo, è senz'altro possibile ricordare il caso di due 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. Sul punto, è altresì possibile segnalare la pronuncia della Cass., Sez. Lav., 22 novembre 2023, n. 32412, in *Mass. Giust. civ.*, 2024.

2 Cfr. 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.*

emesse a seguito del contratto di appalto di servizi, il tutto sulla base di una ricostruzione del rapporto contrattuale largamente debitrice della prospettiva giuslavoristica³.

Quanto alla prospettiva tributaria, la ritenuta inesistenza giuridica del rapporto contrattuale stipulato (quali che siano le ragioni di tale inesistenza), finisce per dar luogo alla contestazione della indetraibilità dell'Iva corrisposta sulle fatture di cui al contratto di appalto e ad alla indeducibilità, ai fini delle imposte sui redditi e dell'Irap, dei componenti negativi di reddito costituiti dai corrispettivi del contratto di appalto in parola, il tutto con la conseguente irrogazione delle relative sanzioni amministrative.

Nella medesima prospettiva, poi, si discute della sussistenza del potere del fisco di procedere all'accennata (ri)qualificazione in sede tributaria anche quando il contratto di lavoro (in ipotesi di appalto) risulti munito di certificazione ai sensi della c.d. "Legge Biagi".

Sul punto si è recentemente espressa la Corte di cassazione con ordinanza del 29 luglio 2024, n. 21090, ove, rammentato il potere-dovere del giudice tributario di dare una qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata, si è affermato che spetta al medesimo giudice ricercare e porre a fondamento della propria decisione disposizioni e principi di diritto anche diversi da quelli richiamati dalle parti con il solo limite dell'immutazione della fattispecie.

Talché, come si legge nell'ordinanza in questa sede richiamata, spetta al giudice tributario di qualificare correttamente il rapporto impositivo attraverso l'esatta applicazione della legge, senza soffrire limitazioni di sorta, nemmeno allorquando il contratto di lavoro sia stato munito di certificazione ai sensi degli artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 10 settembre 2003, n. 276 secondo cui, in particolare, 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'articolo 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari (cfr. art. 79 d. lgs. n. 276/2003).

Ebbene, a parere di chi scrive, la pronuncia in esame riveste particolare rilievo perché assai frequenti risultano le contestazioni - anche in sede tributaria - in ordine alla inesistenza, soggettiva ovvero oggettiva, delle operazioni dedotte nei contratti di appalto di manodopera e ciò, come accennato, facendo leva su particolari indici rivelatori elaborati, per lo più, in sede giuslavoristica allo scopo di consentire, in quella sede, la (ri)qualificazione del contratto di lavoro con l'effetto di considerare il lavoratore assunto alle dipendenze del committente e non già dell'appaltatore.

2. I contorni della questione.

³ In proposito, sia consentito rinviare a S.F. COCIANI, *Profili tributari della riqualificazione dell'appalto di servizi*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2024, 1, p. 1 ss.

Come pure accennato, è senz'altro opportuno precisare che la giurisprudenza penale-tributaria ricostruisce l'appalto di servizi illecito, tendenzialmente, alla stregua di operazioni *soggettivamente inesistenti*⁴ ovvero, più di recente, in termini di operazioni - sotto il profilo giuridico - *oggettivamente inesistenti*⁵. In ogni caso, in entrambe le ipotesi, risulta configurabile il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti, di cui all'art. 2 del d. lgs. 10 marzo 2000 n. 74⁶.

Come noto, nella prospettiva tributaria, tali differenti ricostruzioni originano conseguenze diverse fra loro.

Quanto alla contestazione di operazioni soggettivamente inesistenti, essa presuppone l'effettiva realizzazione del negozio, talché la relativa fattispecie dà luogo, in capo al committente, alla (sola) indetraibilità dell'imposta sul valore aggiunto relativa ai corrispettivi (effettivamente pagati), sebbene in relazione ad operazioni (ritenute) poste in essere da altro soggetto, diverso da quello che ha emesso la fattura⁷.

Al riguardo, in questo caso, si ha che 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"⁸,

4 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.

5 Cfr. Cass., Sez. III, 28 ottobre 2022, n. 45114, in *Cass. pen.*, 2023, p. 1714; 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.

6 Su cui, 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*, Wolters Kluwer, 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*, 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 (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria*, Cedam, Padova, 2016, p. 189 ss.

7 Cfr. 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.

8 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

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)⁹.

Pertanto, come accennato, la ritenuta (soggettiva) fittizietà dell'operazione, secondo la giurisprudenza prevalente, determina l'indetraibilità dell'Iva addebitata in fattura ad opera di un soggetto diverso da quello che avrebbe effettivamente reso la prestazione¹⁰.

Diversamente, quanto alla contestazione di operazioni oggettivamente inesistenti, ancorché limitatamente alla sola dimensione giuridica¹¹, nella misura in cui si nega l'effettiva realizzazione dell'operazione, la relativa fattispecie dà luogo, in capo all'appaltante, non solo all'indetraibilità dell'imposta sul valore aggiunto relativamente ai corrispettivi ma, anche, all'indeducibilità, ai fini delle imposte sui redditi (e dell'Irap), dei relativi componenti reddituali, stante il ritenuto difetto del requisito della certezza quanto all'esistenza della spesa¹².

In altri termini, secondo quest'ultima ricostruzione, il contratto di somministrazione di manodopera irregolare, in quanto "mascherato" da contratto di appalto di servizi, risulterebbe 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 (il committente), con la conseguenza che - sotto il profilo tributario - verrebbero appunto a mancare i requisiti di "certezza", "determinatezza", ovvero "determinabilità" dei

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».

9 Cfr., di recente, Cass., Sez. V, 27 aprile 2020, n. 8177.

10 Alle stesse conseguenze la giurisprudenza perviene anche nel caso in cui l'inesistenza soggettiva si fonda non sulla riqualificazione dell'appalto in termini di illecita somministrazione di manodopera ma, al contrario, si appunti sul ruolo, ritenuto meramente "apparente", del soggetto collettivo (es. 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 società (cooperative di lavoro) partecipanti al soggetto collettivo che, così, fungerebbe da mero schermo.

11 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.

12 Cfr. Cass., Sez. III, 28 ottobre 2022, n. 45114, in *Cass. pen.*, 2023, p. 1714.



costi e da ciò, in definitiva, deriverebbe l'irrilevanza degli stessi costi ai fini delle imposte sui redditi (e dell'Irap)¹³.

Quanto all'Iva, poi, l'indetraibilità della relativa imposta è dovuta anche quando il contratto di appalto di servizi, che dissimuli una somministrazione irregolare di manodopera, risulti assoggettato al regime 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 attive¹⁴. Al riguardo, tale particolare regime¹⁵ nega la detrazione dell'Iva in capo al cessionario, ovvero al committente, allorquando risulti provato che questi fosse consapevole della frode collegata all'operazione¹⁶.

3.L'autonoma qualificazione, a fini tributari, del rapporto di lavoro nella recente giurisprudenza di legittimità.

Brevemente descritti i contorni della questione che qui occupa, osservato altresì che la (ri)qualificazione del rapporto di lavoro - nella dimensione civilistica (*rectius*: giuslavoristica) - finisce per inevitabilmente sollecitare (e condizionare) la qualificazione del medesimo

13 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. Al riguardo, sia consentito rinviare a S.F. COCIANI, *L'appalto di servizi, tra criticità tributarie e possibili rimedi*, in *Rivista Telematica di Diritto Tributario*, 2024, 1, 7 gennaio 2024, *rivistadirittotributario*; in termini critici rispetto all'orientamento giurisprudenziale in discorso 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.; A. M. DELL'OSSO, *Appaltante, datore di lavoro, evasore fiscale: fluidità dei ruoli nella giurisprudenza penal-tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2023, III, p. 67 ss.

14 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.

15 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), 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.

16 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 settanta 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.



rapporto tanto nella dimensione penale, quanto nella dimensione tributaria, è senz'altro il caso di soffermarsi sui caratteri di quest'ultima qualificazione (a fini tributari), così come messi in rilievo dalla recente giurisprudenza di legittimità.

Al riguardo, è subito da precisare che la qualificazione a fini tributari ha per oggetto il fatto economico a rilevanza tributaria - così come questo emerge dal rapporto di lavoro - e dunque, in questa prospettiva, è interessante domandarsi se la certificazione del contratto di lavoro di cui agli artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 10 settembre 2003, n. 276 risulti capace di condizionare l'attività di controllo dell'amministrazione finanziaria e, eventualmente, quella del giudice tributario successivamente chiamato a pronunciarsi sul medesimo fatto economico¹⁷.

In merito, non sembra privo di rilievo premettere che la certificazione volontaria dei contratti di lavoro - effettuando una ricognizione della volontà negoziale espressa dalle parti che, nel relativo atto, trova così conferma con funzione probatoria di tale volontà - è stata introdotta con il dichiarato scopo di ridurre il contenzioso in materia di lavoro. Tanto più che, successivamente, l'art. 30 della legge 4 novembre 2010, n. 183, ha esteso il campo di applicazione della certificazione a tutti i contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro, così ampliando la finalità della certificazione alla più generale *prevenzione del «contenzioso in materia di lavoro»*. Da ciò si è quindi dedotta un'espansione considerevole dell'oggetto della certificazione, che può riguardare ormai una qualsiasi tipologia di contratto in cui sia implicata una prestazione lavorativa, con il rafforzamento dell'accennato obiettivo di deflazione del contenzioso in materia di diritto del lavoro¹⁸.

Va poi osservato che la certificazione del contratto di lavoro spiega effetti «civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione»¹⁹, anche verso i terzi (in ogni caso - come accennato - fino al momento in cui non sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'articolo 80 dello stesso

17 Sulla certificazione dei contratti di lavoro nella prospettiva giuslavoristica si vedano, senza pretesa di esaustività: AA.VV., *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, S. CIUCCIOVINO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014; AA.VV., *La certificazione dei contratti di lavoro*, G. PERONE, A. VALLEBONA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2004; AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro, Commento alla legge 4 novembre 2010 n. 183, 2010*, L. NOGLER, M. MARINELLI (a cura di), Utet, Milano, 2012; S. CIUCCIOVINO, *Certificazione dei contratti di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattato di Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Utet, Torino, 2014; M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavori e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2003, p. 426 ss.

18 Così S. CIUCCIOVINO, *Certificazione dei contratti di lavoro*, in *Treccani, Diritto on line*, 2016.

19 Cfr. art. 78 d. lgs. n. 276/2003. In questo senso, nella dimensione tributaria, gli effetti della certificazione sembrerebbero semmai limitati alle parti richiedenti la certificazione (ad esempio in ordine alla qualificazione del rapporto come di lavoro autonomo e non già di lavoro dipendente, con i conseguenti risvolti, ad esempio, in termini di misura della ritenuta Irpef), ma non sembrerebbero potersi estendere al giudice tributario e, come si vedrà più oltre, all'amministrazione finanziaria.

decreto, fatti salvi i provvedimenti cautelari²⁰) e, sul punto specifico, fra «i terzi» si ritiene che ben possa ricomprendersi pure l'amministrazione finanziaria²¹.

Pertanto, si è opinato essere onere di quest'ultima - al pari di qualsiasi altro soggetto terzo - impugnare la certificazione avanti il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, sia ai fini della corretta qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, sia al fine di accertare l'eventuale difformità tra l'oggetto del contratto e la sua esecuzione, dunque anche nella prospettiva tributaria²².

Senonché, come premesso, la giurisprudenza di legittimità oggetto delle presenti note ha sul punto affermato che l'esercizio del potere-dovere del giudice tributario di qualificare l'operazione economica sottostante un contratto (anche sulla base della sua concreta esecuzione), è autonomo rispetto alla certificazione del contratto di cui agli artt. 75 e ss. del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e non è precluso dalla mancata impugnazione di tale certificazione (eventualmente ad opera dell'Agenzia delle entrate) davanti al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro.

In altri termini, per la Suprema Corte, la certificazione può influire come fatto dedotto nel processo, ma non può vincolare il giudice in punto di qualificazione del rapporto tributario²³.

Difatti, secondo tale giurisprudenza, il potere del giudice tributario di qualificare correttamente il rapporto impositivo, sotto il profilo giuridico, si risolve nell'esatta applicazione della legge e non tollera limitazioni, peraltro non abbisognando di specifiche previsioni proprio perché esso è un connotato dell'esercizio della giurisdizione.

20 Cfr. art. 79 d. lgs. n. 276/2003.

21 Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit.

22 In tal senso, G. BENINCASA, *Accertamento tributario e riqualificazione dei contratti certificati: facciamo chiarezza*, in *Bollettino Adapt - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro*, 16 settembre 2024, n. 32. Per la giurisprudenza tributaria si veda Corte di giustizia tributaria di II grado dell'Emilia-Romagna, sent. n. 115 del 3 ottobre 2022, in termini analoghi Comm. Trib. regionale Emilia-Romagna, sent. n. 639/2019. Più in generale, sul tema dell'impugnazione della certificazione in discorso si vedano Corte d'Appello di L'Aquila, sez. lavoro, sent. n.1018/2022, e Tribunale di Firenze, sez. lavoro, sent. n.831/2017. Ove, in particolare nella prima pronuncia, si fa notare che, nelle intenzioni del legislatore (sia del 2003 che del 2010 in quanto con il c.d. "collegato lavoro" sono state apportate significative novità all'originario impianto) la principale finalità della certificazione è quella di fungere da strumento di argine al contenzioso sui contratti di appalto escludendo, proprio all'esito di tale attività, che possa di contro ravvisarsi nella fattispecie il diverso caso della somministrazione illecita di manodopera. Quanto ai casi, tipizzati, di opponibilità della certificazione, vi sono l'errata qualificazione del contratto, il vizio del consenso, la violazione del procedimento e l'eccesso di potere; talché, mediante l'opposizione (che riguarda unicamente l'atto amministrativo di certificazione) si tende a produrre un effetto caducatorio del suddetto atto con conseguente inefficacia anche tra le parti del contratto.

23 Cfr. Cass., Sez. trib., 29 luglio 2024 n. 21090. Al riguardo, la Suprema Corte premette che spetta al giudice dare una qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata in causa, ricercando, a tal fine, le norme giuridiche applicabili e, se necessario, ponendo a fondamento della decisione disposizioni e principi di diritto eventualmente anche diversi da quelli richiamati dalle parti, con il solo limite dell'immutazione della fattispecie entro il perimetro della domanda (ove, rispettivamente, il richiamo a Cass. 26 febbraio 2021, n. 5253 e a Cass. 28 dicembre 2023, n. 29334).



In altre parole, la certificazione, nella dimensione civilistica, avrebbe l'effetto di qualificare il contratto di lavoro, accertandone il contenuto con efficacia anche verso i terzi²⁴, mentre, nella dimensione fiscale, altro non sarebbe che un elemento rilevante nella ricostruzione del fatto economico a rilevanza tributaria.

Pertanto, in base al richiamato orientamento, il quadro normativo in materia di certificazione dei contratti di lavoro, così come tracciato dagli artt. 75 e ss. del predetto d. lgs. n. 276/2003 e, in particolare, dall'art. 80 del decreto in parola (laddove si prevede che le parti possano proporre ricorso avanti al giudice del lavoro per erronea qualificazione del contratto, ovvero per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione), consente di ritenere come il legislatore non abbia inteso derogare agli ordinari poteri del giudice tributario in ordine alla qualificazione del rapporto controverso inerente all'obbligazione d'imposta.

Ne consegue, ulteriormente, che la certificazione del contratto di lavoro dispiega i suoi effetti - nei termini di cui sopra - limitatamente alla dimensione civilistica (*rectius*: giuslavoristica) del rapporto, mentre, quanto alla dimensione tributaria, è al relativo giudice - nei termini pure precedentemente esposti - che spetta ogni qualificazione, in piena autonomia, dunque, senza essere in alcun modo vincolato dagli artt. 75 e ss. del richiamato d. lgs. n. 276/2003.

In effetti, che la certificazione attenga alla dimensione giuslavoristica sembra confermato sia dalla finalità deflattiva della stessa nel medesimo ambito giuslavoristico, sia dalle competenze tecnico professionali dei certificatori, sia dalla giurisdizione del giudice del lavoro chiamato a conoscere, nel merito, delle controversie aventi ad oggetto la certificazione medesima²⁵.

Nella stessa direzione sopra esposta, sempre a parere del giudice di legittimità, milita la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE laddove essa afferma che il diritto alla detrazione dell'Iva deve poggiare su requisiti di carattere sostanziale, da verificarsi nel caso concreto per mezzo del sindacato del giudice²⁶.

In questo senso poi, con particolare riferimento al trattamento ai fini Iva del distacco di personale secondo la normativa italiana, la Suprema Corte richiama altra giurisprudenza unionale ove si afferma che il nodo cruciale è costituito dall'interpretazione della causa per

24 Ciò lo si ricava dall'art. 80 del d. lgs. n. 276/2003 ove è fatta l'elencazione dei possibili motivi di impugnazione di quanto certificato di fronte al giudice del lavoro. Tra questi sono compresi infatti l'«*erronea qualificazione del contratto*» e il «*vizio del consenso*». Se ne deduce, quindi, che la certificazione è valida ed efficace in quanto fornisce una qualificazione corretta (ovvero non «erronea») del contratto, basandosi sul consenso consapevole (non viziato) espresso delle parti. Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit.

25 Cfr. S. CIUCCIOVINO, *op. ult. cit.*

26 Cfr. Corte Giust. UE, sent. 11 dicembre 2014, causa C-590/13, come richiamata da Cass., Sez. trib., 29 luglio 2024 n. 21090.

definire se prestazione e pagamento si condizionino reciprocamente²⁷. Del resto, osservano ancora i supremi giudici, la stessa dottrina risulta ben consapevole del tema della ricostruzione del contratto di somministrazione di manodopera irregolare “mascherato” da contratto di appalto di servizi e discute, in particolare, sulla giuridica esistenza o meno del contratto, con quanto ne consegue, sotto il profilo tributario, in ordine ai requisiti di certezza, determinatezza o determinabilità dei costi, oltre che del carico sanzionatorio, profili questi che attestano diffuse letture nel senso dell’ampia possibilità di operare la riqualificazione da parte del giudice tributario.

Ancora, a detta della medesima Corte, l’interpretazione dalla stessa accolta risulta pienamente coerente, sul piano processuale, con la previsione dell’art. 2, terzo comma, del d. lgs. n. 546/1992, laddove si dispone che il giudice tributario deve risolvere in via incidentale ogni questione da cui dipende la decisione delle controversie rientranti nella propria giurisdizione, fatta la sola eccezione in favore dell’AGO per le questioni in materia di querela di falso e sullo stato o la capacità delle persone, diversa dalla capacità di stare in giudizio. Questa previsione - secondo la pronuncia in parola - non comporta l’abrogazione implicita, né l’inefficacia della previsione della certificazione sopra descritta, dal momento che la certificazione del contratto resta valida ed efficace sul piano civile, né si limita ad operare sul piano processuale anziché sostanziale, poiché investe il potere-dovere del giudice tributario di pronunciarsi sul rapporto qualificandolo. Sicché, l’interpretazione fatta propria dal supremo Collegio - a detta del medesimo - rispetta i limiti che l’art. 2 di cui sopra traccia in ordine ai poteri del giudice tributario e al suo rapporto con il giudice ordinario²⁸.

Insomma, conclude la Corte, non è decisiva la giurisprudenza giuslavoristica sulla portata degli effetti della certificazione dei contratti di lavoro²⁹, in quanto essa riguarda la qualificazione del contratto civilistico e la sua efficacia verso terzi³⁰, comprese le autorità

27 Cfr. Corte Giust. UE, sent. 11 marzo 2020, causa C-94/19, San Domenico Vetraria, parimenti richiamata da Cass., Sez. trib., 29 luglio 2024 n. 21090.

28 Sull’art. 2, terzo comma, d. lgs. n. 546/1992 si vedano P. RUSSO, F. COLI, G. MERCURI, *Diritto processuale tributario*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 61 ss., secondo i quali, in definitiva, al giudice tributario spetta conoscere di tutte le questioni, pregiudiziali o preliminari, la cui soluzione sia necessaria per pronunciarsi sulla questione principale.

29 Cfr. Corte d’Appello di L’Aquila, sent. n.1018/2022, Tribunale di Firenze, sent. n.831/2017, citate sopra.

30 Quanto agli effetti della certificazione verso gli enti pubblici, questi si vedono privati dei loro poteri di autotutela attiva ed interdetto l’esercizio dei loro tipici poteri di diffida accertativa, contestazione, recupero previdenziale e assicurativo e sanzionatori. Così S. CIUCCIOVINO, cit., secondo la quale, così, si realizza la funzione essenziale della certificazione, consistente nella produzione di certezze pubbliche, per le parti e per i terzi riguardo al contratto stipulato (ed ai suoi effetti), dotando questo di una relativa stabilità e resistenza a contestazioni in sede ispettiva e rimettendo la relativa verifica esclusivamente all’autorità giudiziaria. Peraltro, secondo la citata autrice, sembra corretto ritenere che l’impugnativa di fronte al giudice del lavoro abbia per oggetto il *provvedimento di certificazione* e non il contratto certificato. Non solo perché la norma prevede espressamente la proposizione del

pubbliche, ma non si estende fino all'operazione economica sottostante³¹, talché la certificazione non impedisce al giudice tributario di pronunciarsi sull'obbligazione tributaria intesa quale rapporto giuridico instauratosi al verificarsi di un atto o un fatto (economico) rivelatore di capacità contributiva *ex art. 53 Cost.* secondo la legge applicabile in materia.

In definitiva, spetta quindi al giudice tributario qualificare il fatto economico a rilevanza tributaria sottostante il contratto di appalto (e ciò anche in base alla concreta esecuzione di quest'ultimo), in guisa tale da potersi pronunciare sull'*an* e sul *quantum* dell'obbligazione tributaria.

In altre parole, quanto agli effetti della certificazione di cui agli artt. 75 ss. d. lgs. n. 276/2003, essa non è suscettibile di condizionare l'attività giurisdizionale in materia impositiva, non potendosi far discendere dalla mancata impugnazione di tale certificazione, nella competente sede, alcun effetto preclusivo in ordine al potere-dovere del giudice tributario così come ora ricostruito.

4. Alcune precisazioni sulla riconosciuta esistenza del potere di autonomamente qualificare il fatto a rilevanza tributaria, anche quando il relativo contratto risulti munito di certificazione.

La pronuncia di legittimità appena richiamata offre dunque l'opportunità di svolgere alcune brevi considerazioni, sia per quanto concerne l'attività giurisdizionale in sede tributaria, sia per quanto concerne l'attività amministrativa di accertamento.

Partitamente.

4.1. Quanto all'attività giurisdizionale in sede tributaria.

Anzitutto, laddove l'ordinanza in parola riconosce al giudice tributario la prerogativa di non rimanere condizionato dagli effetti prodotti dalla certificazione del contratto di lavoro, risulta riaffermare la tendenziale autonomia del giudizio tributario rispetto alla giurisdizione civile e amministrativa giacché, come dalla stessa Corte ricordato (attraverso il richiamo all'art.

ricorso «*nei confronti dell'atto di certificazione*», ma soprattutto perché i motivi di impugnazione riguardano chiaramente il contenuto del certificato e non del contratto, benché, ovviamente, il giudice del lavoro sia chiamato a conoscere i difetti del provvedimento con riferimento ai profili di merito e sostanziali in relazione alla violazione delle norme giuslavoristiche alla base della certificazione (ult. cit. loc.).

³¹ Difatti, a ben vedere, la certificazione ha per oggetto il *contratto di lavoro* e non anche il *rapporto di lavoro* per la cui valutazione, evidentemente, rilevano le modalità di esecuzione del contratto stesso. In tal senso S. CIUCCIOVINO, cit., la quale osserva che non potrebbe essere altrimenti, atteso che la commissione è priva di qualsivoglia potere di verifica e accertamento dei profili esecutivi del rapporto di lavoro, di cui dispongono, invece, le autorità preposte a conoscere dell'effettiva esecuzione del rapporto di lavoro quali sono l'autorità giudiziaria o ispettiva. Sicché la funzione del certificatore è ben diversa e in nessun modo sovrapponibile a quella svolta dal giudice e dall'autorità di vigilanza.

2, terzo comma, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546), spetta al medesimo giudice tributario risolvere in via incidentale ogni questione da cui dipende la decisione, con le ricordate eccezioni della querela di falso e delle questioni sullo stato o capacità delle persone.

Ne consegue che la decisione della Corte di giustizia tributaria non risulta suscettibile di particolari condizionamenti ad opera delle pronunce del giudice civile o amministrativo - fatto salvo quanto si preciserà oltre - su eventuali questioni costituenti antecedenti logici rispetto al giudizio tributario, tant'è che il giudice tributario non può sospendere il processo in attesa della definizione di quello civile o amministrativo, tranne nel caso in cui, invocata l'autorità di una sentenza civile o amministrativa nel nostro processo, tale pronuncia sia stata impugnata³².

Sul punto, in termini generali, nel caso di giudicato formatosi nel giudizio nel quale la questione considerata è stata decisa in via principale, se il giudicato dispone l'annullamento dell'atto, il relativo effetto caducatorio opera anche nel processo tributario, diversamente, il giudicato risulta vincolante in sede tributaria a seconda che le parti dei due giudizi siano le stesse oppure no³³.

Tanto premesso, va rilevato che l'ordinanza in questa sede esaminata non risulta richiamare il potere dello stesso giudice tributario di cui all'art. 7, quinto comma, del medesimo d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 che, come noto, prevede il potere officioso delle Corti di giustizia tributaria di disapplicare, in relazione all'oggetto dedotto in causa, regolamenti e atti amministrativi generali rilevanti ai fini della decisione, come detto, ferma restando l'eventuale impugnazione di essi nelle competenti sedi³⁴.

Ciò, forse, o perché la Corte non ritiene che la certificazione del contratto di lavoro possa rientrare tra gli atti oggetto di disapplicazione, ovvero, in alternativa, perché la Corte ritiene la norma di cui all'art. 7, quinto comma, ora richiamata, come assorbita in quella di cui all'art. 2, terzo comma, in parola³⁵.

Ebbene, cominciando ad esaminare quest'ultima ipotesi interpretativa, è da rilevare che il recente d. lgs. 14 novembre 2024, n. 175, recante il testo unico della giustizia tributaria, al quarto comma dell'art. 52, a sua volta dedicato ai poteri delle Corti di giustizia tributaria di

32 Cfr. F. PISTOLESI, *Il Processo tributario, II ed.*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 336, ove si precisa che solo a tali condizioni il giudicato civile quanto quello amministrativo spiegano effetto vincolante nel processo tributario.

33 Così P. RUSSO, F. COLI, G. MERCURI, *Diritto processuale tributario*, cit., p. 62 ss.

34 Più in generale, sui poteri istruttori officiosi del giudice tributario, anche con finalità di integrazione gli oneri probatori incombenti sulle parti e, in quanto tali, utilizzabili solo quando sia impossibile o assai difficile fornire, da colui che vi è tenuto, la prova richiesta e si prospetti l'oggettiva incertezza sui fatti di causa, si veda pure F. PISTOLESI, *Il Processo tributario*, cit., p. 130.

35 In tal senso si vedano P. RUSSO, F. COLI, G. MERCURI, *Diritto processuale tributario*, cit., p. 62 ss., a parere dei quali l'art. 7, quinto comma, d. lgs. n. 546/1992 sarebbe da ritenersi tacitamente ed implicitamente abrogato dall'art. 2, terzo comma, d. lgs. n. 546/1992 posto che quest'ultima norma attribuisce al giudice tributario anche il potere di conoscere, in via incidentale, della legittimità o meno degli atti suddetti.

primo e secondo grado, espressamente statuisce che: “Le corti di giustizia tributaria di primo e secondo grado, se ritengono illegittimo un regolamento o un atto generale rilevante ai fini della decisione, non lo applicano, in relazione all’oggetto dedotto in giudizio, salva l’eventuale impugnazione nella diversa sede competente”. E poiché il richiamato testo unico risulta avere carattere espressamente compilativo, avendo come obiettivo la ricognizione della normativa vigente in materia e la creazione di una disciplina organica che contenga in un unico *corpus* le norme in materia di giurisdizione e processo tributario, si deve ritenere che l’attuale art. 7, quinto comma, d. lgs. n. 546/1992, laddove dispone il potere di disapplicazione del giudice tributario, sia ancora pienamente vigente, altrimenti sarebbe stato espunto dal testo unico in parola.

Quanto poi alla disapplicabilità dell’atto di certificazione del contratto di lavoro, essendo previsto il potere di disapplicazione dei regolamenti e degli *atti amministrativi generali*, d’ufficio, *a fortiori*, si potrebbe ritenere ammissibile il riconoscimento del potere - in capo al giudice tributario - di disapplicare la certificazione del contratto di lavoro che, invero, risulta allo scopo qualificabile alla stregua di un atto amministrativo particolare, naturalmente alla condizione che la stessa certificazione risulti investita dai motivi di doglianza ritualmente dedotti nel corso del giudizio tributario³⁶.

Quanto alla natura di atto amministrativo particolare della certificazione dei contratti di lavoro, è appena in caso di osservare che, secondo la prevalente ricostruzione dottrinale, essa costituisce un *atto amministrativo di certazione*, cioè produttivo di certezza della qualificazione dei rapporti interprivati nei confronti delle pubbliche autorità destinatarie dell’atto medesimo³⁷. E ancora, la stessa dottrina giuslavoristica osserva che il certificato è frutto della discrezionalità valutativa tecnico-giuridica della commissione che, qualificando il contratto, ad esso attribuisce la forza giuridica della certezza pubblica, con effetto vincolante per le parti e per i terzi interessati (art. 79, co.1).

36 Per la giurisprudenza che ammette come la disapplicazione in parola possa essere pronunciata dal giudice d’ufficio, alla sola condizione che i regolamenti e gli atti generali siano stati investiti dai motivi d’impugnazione dell’atto opposto, si veda Cass., Sez. V, 24 gennaio 2019, n. 1952.

37 Così S. CIUCCIOVINO, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit. ove riferimenti. Tanto è vero che il procedimento di certificazione è regolato, nei suoi elementi essenziali ed indefettibili, dall’art. 78 nonché dai regolamenti adottati dalle commissioni e, per quanto non diversamente disciplinato, dalle norme generali in materia di procedimento amministrativo. Sono elementi essenziali del procedimento: a) la comunicazione di inizio del procedimento alla Direzione Territoriale del Lavoro competente che ne cura l’ulteriore comunicazione agli enti interessati; b) la durata non superiore a 30 giorni del procedimento; c) la motivazione del provvedimento e la menzione delle autorità cui è possibile ricorrere; d) la menzione degli effetti - civili, amministrativi, previdenziali e fiscali - del certificato. A conclusione del procedimento, la commissione emette un provvedimento motivato di certificazione che, come si è detto, accerta la conformità del contratto e della sua qualificazione giuridica alla disciplina legale applicabile. Dalla motivazione del certificato, quale elemento essenziale della certificazione (cfr. art. 78, co. 2, lett. c), se ne può ricavare la natura *provvedimentale*, benché il legislatore menzioni più volte genericamente l’«atto» di certificazione (cfr. l’art. 78, co. 2, lett. d e l’art. 81, co. 1), cfr. S. CIUCCIOVINO, cit.

Infine, la natura di atto amministrativo della certificazione può essere altresì dedotta dalla natura amministrativa del relativo procedimento, a sua volta desumibile dalla facoltà dei soggetti destinatari del provvedimento (certificazione) di proporre ricorso al TAR per «violazione del procedimento o per eccesso di potere», così come previsto dall'art. 80, quinto comma, del decreto più volte richiamato³⁸. In questo senso, si noti che, a conclusione del procedimento di certificazione, la commissione emette un provvedimento motivato che, come si è detto, accerta la conformità del contratto e della sua qualificazione giuridica alla disciplina legale applicabile. Pertanto, dalla motivazione del certificato, quale elemento essenziale della certificazione (cfr. art. 78, co. 2, lett. c), se ne può dunque ricavare la natura *provvedimentale*, benché il legislatore menzioni più volte genericamente l'«atto» di certificazione (cfr. l'art. 78, co. 2, lett. d e l'art. 81, co. 1)³⁹.

Osservato quindi che l'atto di certificazione del contratto di lavoro è, in realtà, un provvedimento amministrativo individuale, rimane da chiarire se esso possa essere fatto oggetto di disapplicazione da parte del giudice tributario anche in mancanza di un'espressa previsione normativa in tal senso.

Si potrebbe dire, infatti, che tale potere officioso di disapplicazione è espressamente previsto dal legislatore per gli atti generali, mentre nulla esso dispone riguardo alla disapplicazione degli atti amministrativi individuali, talché non si potrebbe dedurre, per via interpretativa, alcun potere di disapplicazione da parte del giudice in relazione alla certificazione dei contratti di lavoro.

Tuttavia, si è già fatto notare che la richiamata disposizione di cui al quinto comma dell'art. 7 citato, come pure quella di cui al successivo art. 8 del medesimo d. lgs. n. 546/1992 (sulla disapplicazione delle sanzioni per obiettiva incertezza), altro non sarebbero che ipotesi attributive di poteri ufficiosi al giudice investito della lite d'imposta⁴⁰.

Talché, in questo senso, le richiamate disposizioni rappresenterebbero un'apertura rispetto ai vincoli imposti dalla natura dispositiva del processo e, ancora, troverebbero logica giustificazione nella più corretta attuazione della tutela giurisdizionale⁴¹. Insomma, per la

38 Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., la quale sottolinea che il procedimento di certificazione è regolato, nei suoi elementi essenziali ed indefettibili, dall'art. 78 nonché dai regolamenti adottati dalle commissioni e, per quanto non diversamente disciplinato, dalle norme generali in materia di procedimento amministrativo, al riguardo osservando che sono elementi essenziali del procedimento: a) la comunicazione di inizio del procedimento alla Direzione Territoriale del Lavoro competente che ne cura l'ulteriore comunicazione agli enti interessati; b) la durata non superiore a 30 giorni del procedimento; c) la motivazione del provvedimento e la menzione delle autorità cui è possibile ricorrere; d) la menzione degli effetti - civili, amministrativi, previdenziali e fiscali - del certificato.

39 Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit.

40 Cfr. G. TINELLI, *Diritto processuale tributario*, Cedam, Milano, 2021, p. 71-73, il quale ne osserva la differenza rispetto al modello accolto nel sistema processualcivilistico.

41 Così, ancora, G. TINELLI, *Diritto processuale tributario*, cit., p. 72 ss.

dottrina tributaria appena richiamata, i poteri officiosi di disapplicazione *de quibus* non costituiscono un'eccezione ma, al contrario, risultano coerenti con una lettura sistematica per cui, ove non ne sia espressamente prevista l'esclusione, essi rientrano (*de plano*) tra quelli attribuiti alla giurisdizione speciale tributaria⁴².

In altre parole, ben si può ritenere che nulla vieti al giudice tributario - nel decidere la controversia ad esso devoluta - di disapplicare anche gli atti amministrativi particolari, o individuali, ritenuti illegittimi, per l'impugnazione dei quali non è contemplata la sua giurisdizione e sempreché essi risultino rilevanti ai fini della decisione⁴³.

In effetti, si è appunto osservato che l'art. 7, quinto comma, d. lgs. n. 546/1992, non menziona tali atti solo perché è più frequente che sia un provvedimento generale, anziché uno particolare, a incidere sull'oggetto della lite tributaria, ma, qualora un atto individuale si ripercuotesse sulla materia del contendere, la Corte potrebbe sancirne la sua disapplicazione con riferimento all'oggetto della controversia rimessa alla sua cognizione⁴⁴.

Pertanto, tornando al caso che qui ci occupa, la riconosciuta facoltà dell'a.f. di impugnare la certificazione nelle competenti sedi giudiziarie (sia essa quella civile, davanti al giudice del lavoro, rispetto al merito, sia essa quella amministrativa rispetto ai vizi del procedimento), non limita - di per sé - tale potere disapplicazione che pure, specularmente, a nulla rileva rispetto all'eventuale procedimento di impugnazione della certificazione medesima davanti al giudice competente.

Naturalmente, in caso di accoglimento dell'impugnazione con sentenza definitiva, il relativo effetto caducatorio si dispiega in sede tributaria, peraltro nei termini di cui si dirà meglio appresso.

4.2.Quanto all'attività amministrativa in sede tributaria e ai relativi limiti procedurali e processuali.

Quanto poi ai riflessi della sopra richiamata giurisprudenza sull'attività amministrativa di accertamento, nel mentre la pronuncia in parola afferma il potere del giudice tributario di autonomamente qualificare il fatto a rilevanza tributaria sottostante il contratto di lavoro certificato, essa non sembra intervenire direttamente sugli effetti prodotti dalla certificazione in discorso che, come precisato, ha ad oggetto il contratto di lavoro e non anche il fatto a rilevanza tributaria.

42 Cfr. G. TINELLI, cit., p. 73.

43 Cfr. F. PISTOLESI, *Il Processo tributario*, cit., p. 133.

44 Cfr. F. PISTOLESI, cit., p. 133.

Talché, si potrebbe ritenere che tutte le autorità ispettive (ivi compresa l'Agenzia delle Entrate) non possano procedere alla (ri)qualificazione di un contratto di lavoro certificato⁴⁵, senza prima ricorrere in giudizio per conseguire l'effetto caducatorio della certificazione di cui sopra si è fatto cenno⁴⁶.

Senonché, stanti la funzione e i poteri dell'amministrazione finanziaria (anche in quanto rivolti a colmare il *deficit* conoscitivo della stessa nella ricostruzione del fatto a rilevanza tributaria)⁴⁷ e tenuto conto della struttura impugnatoria del giudizio tributario, sembra difficile riconoscere un'effettiva portata pratica al principio di diritto espresso dall'ordinanza n. 21090/2024, di cui sopra, senza ipotizzare che l'amministrazione finanziaria abbia già precedentemente (ri)qualificato il fatto economico a rilevanza tributaria direttamente, dunque, anche senza aver prima promosso l'impugnazione della certificazione avanti al giudice competente (sia esso quello ordinario, in funzione di giudice del lavoro, ovvero quello amministrativo)⁴⁸.

In ogni caso, è da ritenersi pacifico che al fisco spetti l'attuazione amministrativa (nel senso dell'applicazione pratica) della norma tributaria, operazione, questa, che presuppone l'interpretazione e la qualificazione del contratto alla luce delle norme applicabili⁴⁹.

Opinare diversamente significherebbe - non senza contraddizione - ammettere il sindacato del giudice tributario solo ove il fisco abbia già conseguito, in esito alla propria azione di

45 Peraltro, è noto che interpretazione e qualificazione sono operazioni giudiziali. Sul tema si veda G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Cedam, Padova, 2003, in partic. p. 266, ove si chiarisce tale attività giudiziale si sostanzia nell'applicazione di norme di diritto, come tale sottratta all'autonomia delle parti, ivi riferimenti.

46 Così, G. BENINCASA, *Accertamento tributario e riqualificazione dei contratti certificati: facciamo chiarezza*, cit.

47 Sulla rilevanza della posizione di inferiorità conoscitiva del fisco rispetto alla ricostruzione del fatto a rilevanza tributaria, sia in chiave di giustificazione della previsione di doverosi obblighi di collaborazione del contribuente, sia in chiave di giustificazione della previsione legale di forme di compressione di posizioni giuridicamente tutelate del debitore d'imposta e di conseguenti penetranti poteri istruttori amministrativi oltre che in tema di regole di attenuazione di oneri dimostrativi della p.a. in materia tributaria, si veda G. TINELLI, *Diritto processuale tributario*, cit., 7, il quale osserva che, in ogni caso, tale disciplina normativa deve sempre indirizzarsi verso la ricostruzione dell'oggettività del fatto fiscalmente rilevante e non può subire deviazioni derivanti dalla cura di interessi diversi da quelli tutelati dalla norma primaria.

48 Sotto altro profilo, favorevole a riconoscere il diritto del fisco di procedere (direttamente) alla corretta qualificazione dei contratti risulta altresì G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, III ed., Padova, 1999, p. 204. Sul tema della (ri)qualificazione del contratto ad opera dell'Amministrazione finanziaria si veda ancora G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, cit., 267, ove si chiarisce che nulla osta a che tale attività - di regola spettante al giudice - sia esercitata anche da soggetti diversi dai contraenti, purché aventi un interesse alla diversa qualificazione fatta dalle parti. In definitiva, secondo la citata dottrina, si tratta di ricondurre una fattispecie legale ad un presupposto del tributo. Pertanto, il tema è, semmai, quello di verificare quali siano i limiti di tale riqualificazione ad opera del fisco.

49 Al riguardo, semmai, il tema è verificare quali siano i limiti di tale (ri)qualificazione ad opera del fisco, ovvero quali siano i limiti procedurali e processuali a tale attività.



impugnazione, l'esito caducatorio di cui sopra ma, allora, la pronuncia ora annotata risulterebbe *inutiliter data*.

Sicché non può negarsi il sindacato del giudice tributario ove il fisco abbia proceduto all'accertamento, previa autonoma (ri)qualificazione da parte di quest'ultimo, del fatto economico a rilevanza tributaria.

Ad esiti in parte diversi dovrebbe potersi giungere nel caso in cui la certificazione sia stata impugnata e, all'esito del relativo giudizio cui abbia partecipato anche l'a.f., l'azione sia stata rigettata, così confermando la validità della certificazione del contratto di lavoro che ne è l'oggetto. In questo caso, ove la relativa pronuncia sia divenuta definitiva, si potrebbe ritenere che il giudice tributario debba prendere atto di tale statuizione, non potendo procedere alla disapplicazione dell'atto.

Senonché, a ben vedere, occorre precisare che - come già osservato - oggetto della certificazione è il contratto di lavoro mentre, d'altra parte, il giudizio tributario si impernia sul fatto economico a rilevanza tributaria che, a sua volta, dipende anche dal rapporto di lavoro.

Pertanto, a nostro parere, la soluzione risulta dipendere dalla estensione e dalla profondità del sindacato del giudice investito dell'impugnazione della certificazione.

Al riguardo, si è già detto che, a mente dell'art. 80 d. lgs. n. 276/2003, nei confronti dell'atto di certificazione, le parti e i terzi, nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti, possono proporre ricorso: **i)** avanti il giudice civile, in funzione di giudice del lavoro, per erronea qualificazione del contratto oppure per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione; **ii)** avanti il giudice amministrativo, per violazione del procedimento o per eccesso di potere.

Conseguentemente, se il giudizio sul provvedimento di certificazione - che ben può estendersi anche ai profili di merito e sostanziali della violazione o meno delle norme giuslavoristiche - abbia espressamente escluso la violazione di tali regole, in questo caso, esigenze di economia processuale indurrebbero a ritenere che la certificazione - così come successivamente "convalidata" con pronuncia definitiva - dovrebbe poter concorrere a definire (nel senso dalla stessa attestato) i contorni del fatto a rilevanza tributaria anche in quest'ultima sede (ovvero in sede di giudizio sull'impugnazione del provvedimento impositivo che abbia autonomamente qualificato il fatto imponibile in difformità rispetto a quanto accertato con la certificazione poi convalidata). Beninteso, in questo caso particolare, nella ricostruzione del fatto imponibile, il giudice tributario dovrà comunque tenere in considerazione tutti quegli elementi che concorrono a qualificare il rapporto di lavoro e, in detto contesto, anche la certificazione così come convalidata all'esito di un giudizio di merito⁵⁰.

50 Difatti, le prove già formatesi nei processi civile e amministrativo ben possono essere impiegate dal giudice tributario per formare il proprio convincimento. Così F. PISTOLESI, cit., p. 337.

Diversamente, nel caso in cui il giudizio si sia arrestato ai profili procedurali, non sembra che il provvedimento giudiziale amministrativo (confermativo della certificazione) possa vincolare il giudice tributario⁵¹, né l'Ufficio finanziario. Difatti, il giudice amministrativo - competente per i vizi ora ipotizzati - può rimuovere, annullandola, la certificazione, ma non ha giurisdizione sul contratto certificato⁵² né, tantomeno, sul rapporto di lavoro. Sicché, nel caso in cui il giudice amministrativo, investito dell'impugnazione per vizi di tipo procedimentale, abbia poi convalidato l'atto, si ribadisce che in nulla tale pronuncia pare in grado di limitare la cognizione e l'autonomia del giudice tributario e, prima ancora, dello stesso Ufficio impositore.

Per completezza, ove invece l'Ufficio avesse previamente conseguito la caducazione della certificazione (tanto ad opera del giudice del lavoro, quanto ad opera del TAR), dunque con effetti *erga omnes*, il giudice tributario, per parte sua, non sarebbe in alcun modo vincolato dalla certificazione medesima, perché già priva di concreti effetti nella prospettiva tributaria.

5. Ulteriori precisazioni sulla potestà amministrativa d'imposizione del fatto imponibile cui è riconducibile il contratto di lavoro certificato.

In un'altra prospettiva, e come già accennato, pare a chi scrive che la portata della pronuncia di legittimità di cui sopra - pur nel silenzio della Corte sui poteri dell'Agenzia delle Entrate nel caso in cui il contratto di lavoro sia munito di certificazione - sia suscettibile di estendersi oltre la dimensione strettamente processuale, per investire anche la dimensione dell'attuazione amministrativa della norma tributaria.

Insomma, pare a chi scrive che la Suprema Corte, nel ribadire la tendenziale autonomia del giudizio tributario rispetto a quello civile (e - si potrebbe aggiungere - a quello amministrativo), abbia voluto riconoscere una sorta di ulteriore "binario" - oltre a quello giuslavoristico e a quello penale - incentrato appunto sul fatto economico a rilevanza tributaria, da tener distinto (non foss'altro per il ripetuto richiamo al principio della capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost.) rispetto alle fattispecie giuslavoristica e penale.

51 Al riguardo, è appena il caso di ribadire che, a mente dell'art. 80, quinto comma, è dato impugnare avanti al Tar il provvedimento di certificazione per violazione del procedimento o per eccesso di potere. Sotto il primo profilo, la violazione del procedimento può consistere in una violazione delle prescrizioni di cui agli artt. 77 e 78 (es. mancata o difettosa comunicazione alla DTL dell'inizio del procedimento o il difetto del requisito della volontarietà del procedimento); sotto il secondo profilo, l'eccesso di potere potrebbe sostanziarsi nel rigetto ingiustificato dell'istanza di certificazione; nel diniego non sufficientemente motivato della certificazione; nell'incompetenza territoriale; nel difetto o contraddittorietà della motivazione, cfr. S. CIUCCIOVINO, ult. cit.

52 Cfr. S. CIUCCIOVINO, ult. cit.

Il tema (dell'autonomia del giudizio tributario), ora accennato, richiama quello, ben più ampio, dell'autonomia del diritto tributario che però, per evidenti ragioni di spazio, non può essere in questa sede trattato⁵³.

È tuttavia possibile osservare come, ad oggi, risulti ormai del tutto superata l'impostazione caratterizzata dalla (seppur implicita) concezione gerarchica delle varie branche giuridiche, nel cui contesto alle norme finanziarie sarebbe assegnato un posto di second'ordine sol perché - apparentemente - non riconducibili a sistema⁵⁴.

Oggi, nessuno più dubita dell'autonomia e dell'indipendenza del diritto tributario, non solo sotto il profilo scientifico e didattico ma, anche, come è dato riscontrare, nell'applicazione pratica che di tale campo dell'esperienza giuridica vien fatta dalla giurisprudenza. Invero, risulta ormai del tutto acquisita la possibilità di individuare principi comuni che disciplinano questo settore del diritto e che, come noto, risultano preordinati al riparto dei carichi pubblici, contemperando l'interesse generale della collettività all'acquisizione dei mezzi finanziari e quello individuale dei singoli consociati al rispetto del loro patrimonio⁵⁵.

Pertanto, anche qualora si volesse accogliere - come invero pare doversi fare - l'impostazione secondo cui tra norme fiscali e norme civili vi sarebbe un rapporto di presupposizione (che però, a sua volta, presuppone separatezza e autonomia)⁵⁶, nel caso in cui non vi sia una precisa indicazione normativa che richiami la norma civile, la norma tributaria rimane libera di configurare il concetto in altra sede espresso⁵⁷ e, quindi, al relativo interprete è consentito qualificare la fattispecie concreta alla luce della norma tributaria applicabile, a sua volta da interpretarsi sulla base degli ordinari canoni dell'ermeneutica giuridica tra cui, a nostro parere, un posto particolare è da attribuirsi all'interpretazione c.d. "sistematica".

Da quanto sopra consegue che, così come non sembra corretto annettere alla certificazione dei contratti di lavoro una portata che, nell'attuazione della norma tributaria applicabile (e quindi nei confronti del fisco), vada oltre la dimensione giuslavoristica, risulta altresì tutt'altro

53 Al riguardo è possibile rinviare a S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale, Il problema dell'elusione fiscale*, Cedam, Padova, 1992, in particolare, p. 96 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.

54 Su cui L. EINAUDI, *In difesa della scienza delle finanze*, in *Riforma soc.*, 1934, I, p. 95, il quale osservava che i "giuristi di cartello guardano con malcelato compatimento alla norma finanziaria sol perché la vedono mutevole, determinata da bisogni contingenti di tesoro, perché vedono troppo spesso con raccapriccio violati dalle contingenti norme tributarie i principi più saldi del diritto privato".

55 Al riguardo si veda A. FANTOZZI, *Il Diritto tributario*, Utet, Torino, 2003, p. 10 ss., il quale, subito dopo, osserva altresì che in "infiniti casi" la c.d. "ragion fiscale" deforma la disciplina del tributo in funzione delle esigenze di controllo del fisco. Nel senso che il diritto tributario mostra un andamento pendolare che oscilla tra esigenza di giustizia, espressa dal principio costituzionale di capacità contributiva, ed esigenza di controllo, espressa da tutte le norme che deformano il primo principio in favore dell'interesse del fisco.

56 Al riguardo è possibile rinviare a S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale, Il problema dell'elusione fiscale*, cit., p. 120.

57 Basti pensare al significato della nozione di possesso, ben diversa nel settore tributario rispetto a quella propria del settore civile.

che ineccepibile trarre dalla (ri)qualificazione del contratto di lavoro nella sola dimensione giuslavoristica corrispondenti e meccaniche conseguenze anche nella dimensione tributaria (oltre che in quella penale-tributaria), tant'è vero che la giurisprudenza di legittimità in discorso - attraverso plurimi richiami alla giurisprudenza unionale - si sofferma sulla necessità di verificare, in concreto, l'esistenza del presupposto del tributo alla luce dell'esame dei caratteri sostanziali della fattispecie prevista nell'atto normativo ritenuto applicabile.

Le precisazioni ora svolte, ove condivise, sembrano condurre a riconoscere una tendenzialmente piena autonomia alla dimensione tributaria, tanto rispetto alla dimensione giuslavoristica, quanto rispetto a quella penale (beninteso, per quest'ultima, al netto del raccordo di cui all'art. 21-bis d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74)⁵⁸, e ciò, tanto più, anche nel caso in cui il contratto di lavoro non risulti munito di certificazione, giacché, quello che rileva nella prospettiva tributaria, è il fatto imponibile (semmai da ricostruirsi alla luce del concreto rapporto di lavoro) e non anche la certificazione, o meno, del contratto di lavoro.

In questo senso, ad esempio, non dovrebbe essere sufficiente - nella prospettiva tributaria - ritenere il contratto di appalto come simulato nella (sola) dimensione giuslavoristica per poi affermare, *de plano*, ad esempio, l'indetraibilità dell'Iva del relativo corrispettivo senza aver prima accertato la concreta fattispecie tributaria e dimostrato - con le regole che governano il relativo processo - l'inesistenza soggettiva dell'appaltatore e la consapevolezza di ciò in capo al committente, ovvero l'inesistenza (oggettiva) della stessa prestazione dedotta in contratto.

In altre parole, quanto al caso in cui il contratto sia munito di certificazione, seppure al giudice tributario spetti il potere-dovere di autonomamente (ri)qualificare la fattispecie di cui al fatto economico a rilevanza tributaria (eventualmente previa disapplicazione dell'atto di certificazione del contratto di lavoro), lo stesso dovrà comunque, *a fortiori*, accertare con particolare rigore - nel rispetto delle regole sulla prova nel processo tributario⁵⁹ - l'inesistenza, soggettiva ovvero oggettiva, della relativa operazione, anche in questo caso senza limitarsi all'acritica riproduzione degli indici che a tal fine rilevano nella dimensione giuslavoristica, tanto più allorquando la certificazione non sia stata precedentemente demolita dal giudice civile in esito alla previa impugnazione di essa per profili di merito.

58 In particolare, sul rapporto tra processo penale e processo tributario, di recente, si veda A. GIOVANNINI, *I rapporti fra processo penale e processo tributario*, in A. GIOVANNINI, cur., *La riforma fiscale, I diritti e i procedimenti*, Vol. III, Accertamento, sanzioni, e rapporti fra processi, Pacini, 2024, p. 159 ss., nonché, in termini problematici, L. TOSI, *La nuova disciplina del rapporto tra processo tributario e processo penale*, in *Tax News*, suppl. on-line a Riv. trim. dir. trib., 25 novembre 2024.

59 Su cui, *ex multis*, F. GALLO, *Brevi considerazioni in materia di onere della prova nel processo tributario dopo la riforma della giustizia tributaria e dello statuto dei diritti del contribuente*, Relazione svolta in occasione del convegno "L'onere della prova nel sistema giurisdizionale", Università di Chieti - Pescara, 5 e 6 dicembre 2024, pubblicata in *Tax News*, *Supplemento online alla Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 12 dicembre 2024, ove riferimenti.

Peraltro, pare a chi scrive che, sebbene la certificazione del contratto non sia di per sé idonea ad incidere sulla qualificazione del fatto imponibile in sede tributaria, le dichiarazioni rese dalle parti in occasione della certificazione potrebbero comunque rilevare nella predetta sede alla stregua di prove atipiche.

La questione ora accennata, in ordine all'autonomia della reazione nella dimensione tributaria, peraltro, sembra riecheggiare quella che in passato si è posta in ordine all'estensione ed alla profondità dei poteri del fisco rispetto ai comportamenti elusivi.

In questo senso, è stata già messa in rilievo l'esigenza di semplificare l'impiego degli strumenti di intervento a disposizione dell'amministrazione finanziaria, senza cioè rendere necessario esperire azioni di simulazione o di annullamento avanti al giudice civile⁶⁰. Tuttavia, è stato altresì ritenuto opportuno evitare di concedere all'amministrazione finanziaria troppo ampi poteri di (ri)qualificazione della fattispecie che, come tali, avrebbero potuto - come potrebbero tuttora - rivelarsi in contrasto con il principio della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.⁶¹.

Sicché, è stato a suo tempo ipotizzato di risolvere il problema sul piano dell'interpretazione, attribuendo adeguata rilevanza agli aspetti economici della qualificazione giuridica delle fattispecie⁶², beninteso nel limite della insuperabilità della realtà giuridica⁶³.

Difatti, non è inutile ricordare che il tributo risulta dovuto in ragione della realizzazione del fatto economico così come previsto dalla legge e non anche di un qualsivoglia fatto economico non giuridicamente qualificato⁶⁴, specie nel sistema delle imposte sui redditi⁶⁵, cui sono destinati a riflettersi, quanto meno in parte, gli effetti della disapplicazione della certificazione o, detto altrimenti, gli effetti della (ri)qualificazione del fatto imponibile ad opera del fisco ovvero del giudice tributario.

60 Al riguardo si veda A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Utet, Torino, 1991, p. 121, ove riferimenti.

61 Quanto al limite di cui all'art. 23 Cost., per tutti, si veda A. FEDELE, *La riserva di legge*, in *Trattato di diritto tributario*, dir. da A. AMATUCCI, Cedam, Padova, 1994, I, t. 1, p. 157, per il quale può arriversi fino al massimo limite dei risultati dell'interpretazione, che enuncia e trae a conseguenza opzioni e composizioni di interessi già implicite nel testo dell'atto normativo.

62 Cfr. A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, cit. p. 122; p. 179. Sul tema si veda altresì G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, cit., in partic. p. 251 ss., ove si chiarisce che per interpretazione dei contratti si intende la determinazione del senso giuridicamente rilevante della dichiarazione negoziale, condotta alla stregua della norma giuridica che ha il compito di fissare l'oggetto della ricerca, ivi riferimenti.

63 Cfr. G. MELIS, cit., p. 271, ove il richiamo ad A. AMATUCCI, *L'interpretazione della norma di diritto finanziario*, Jovene, Napoli, 1965, p. 146 ss.

64 Cfr. L. FERLAZZO NATOLI, *La rilevanza del fatto in diritto tributario*, in AA.VV., *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, I, p. 446.

65 Su cui F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Cedam, Padova, 1973, p. 63, il quale osserva che le espressioni giuridiche possono interpretarsi nel loro significato economico solo nei limiti in cui ciò si armonizzi con la lettera e la ratio del sistema normativo.



In ogni caso, come pure è stato messo in rilievo, l'attività di interpretazione e qualificazione di un contratto non può mai spingersi fino a trasformarlo⁶⁶.

Comunque, in ipotesi di abuso (es. nel ricorrere ad un contratto di appalto "mascherato" e, ciò nonostante, munito di certificazione⁶⁷), l'Ufficio tributario - fermo restando il potere di impugnare la certificazione in sede civile, avanti al giudice del lavoro - potrà, in presenza dei prescritti presupposti, comunque ricorrere alla clausola generale antiabuso di cui all'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, beninteso nel rispetto delle previste garanzie, senza perciò incidere sulla dimensione giuslavoristica⁶⁸.

6. Conclusioni.

In conclusione, la posizione della giurisprudenza di legittimità, per come sopra illustrata - ancorché abbia tralasciato di soffermarsi sul potere officioso del giudice tributario di disapplicazione (di cui all'art. 7, quinto comma, d. lgs. n. 546/1992) - sembra presupporre l'esistenza di differenti finalità nell'esercizio dell'attività di qualificazione, a seconda che essa sia svolta in una dimensione civilistica (*rectius*: giuslavoristica), ovvero tributaria.

Nel primo caso, l'attività di (ri)qualificazione del reale contenuto dell'atto - che, ove munito di certificazione, ne presuppone la previa demolizione - darebbe luogo, anzitutto, ad una limitazione in capo alle parti contraenti e, successivamente, si rifletterebbe sulle posizioni degli enti previdenziali.

Diversamente, nella dimensione tributaria, assumendo rilievo centrale la 'giuridicizzazione' del fatto economico a rilevanza tributaria, la (ri)qualificazione mirerebbe all'accertamento dell'obbligazione tributaria corrispondente alla capacità contributiva espressa dal presupposto d'imposta⁶⁹ e, ciò, ancorché il contratto sia munito di certificazione, oggetto di disapplicazione, *de facto* (anche solo per via interpretativa), da parte del relativo giudice.

66 Cfr. G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 194.

67 Difatti, a mente dell'art. 10-bis, secondo comma, lett. a), della legge n. 212/2000, si considerano "operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato".

68 In tema, si vedano: AA.VV., *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Commento al D. Lgs. 5 agosto 2015, n. 128 e al D. Lgs. 24 settembre 2015, n. 156, C. GLENDI, C. CONSOLO A. CONTRINO (a cura di), Wolters Kluwer, Milano, 2016; AA.VV., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, E. DELLA VALLE, V. FICARI, G. MARINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016; più di recente, G. ZIZZO, *La clausola generale antiabuso*, Tra certezza del diritto ed equità del prelievo, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, ove riferimenti.

69 Sulla distinzione accennata nel testo fra le finalità proprie della dimensione civilistica (non necessariamente giuslavoristica) e di quella tributaria, si veda S. FIORENTINO, *L'elusione tributaria. Scelte di metodo e questioni terminologiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 97; ID., *Riflessioni sui rapporti tra qualificazione delle attività private e accertamento tributario*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 1055 ss.

In effetti, pure a non voler considerare la differenza tra l'oggetto della certificazione (il contratto di lavoro) e l'oggetto dello scrutinio da parte del giudice tributario (il fatto imponibile eventualmente collegato al rapporto di lavoro), l'automatica trasposizione delle regole civilistiche in tema di qualificazione - nonché dei risultati cui è dato pervenire attraverso l'applicazione di tali regole - alla dimensione tributaria risulta impedita dalla non uniformità dei principi ispiratori e dalle diverse esigenze di tutela proprie dei due sistemi e, ancora, trova un ostacolo nell'ontologica differenza dei fatti da accertare nelle due prospettive in esame, laddove quella tributaria si caratterizza per l'esercizio di un'attività amministrativa di accertamento tendenzialmente vincolata⁷⁰, alla luce dei penetranti poteri normativamente concessi all'amministrazione finanziaria, per parte sua chiamata a curare un interesse, quello fiscale, di rango ordinamentale⁷¹.

Sicché, in definitiva, si ha motivo di ritenere che la pronuncia qui annotata abbia ulteriormente confermato l'impostazione secondo cui la dimensione tributaria risulta del tutto autonoma anche rispetto alla dimensione civile (giuslavoristica) e, ciò, pure quando il contratto di lavoro sia munito di certificazione.

Pertanto, se questa è la cornice teorica di riferimento, non si può non auspicare che, nella (ri)qualificazione in sede tributaria del fatto imponibile, tanto l'Ufficio quanto il giudice tributario vogliano andare oltre la meccanica trasposizione - nella medesima sede tributaria - dei risultati della (ri)qualificazione civilistica allorquando questa si presti a consentire la contestazione della inesistenza, ad esempio, del contratto di appalto di servizi (tanto sotto il profilo soggettivo, quanto sotto il profilo oggettivo), con ciò che ne consegue in termini di indetraibilità dell'Iva, indeducibilità dei relativi costi (ai fini delle imposte sui redditi e dell'Irap) e in termini di sanzioni tributarie amministrative irrogate.

In altre parole, si esprime l'auspicio che il giudice tributario, ove chiamato a decidere sull'impugnazione del provvedimento impositivo, anche qualora abbia ritenuto di tenere in non cale il provvedimento di certificazione, non voglia limitarsi a ritenere provato il fatto imponibile solo perché non condizionato dalla medesima certificazione del contratto di lavoro (in quanto disapplicata) ma, voglia, in concreto, ad esempio per quanto concerne il contratto di appalto di servizi, adeguatamente accertare - sulla base delle regole tributarie - l'inesistenza soggettiva dell'appaltatore, in questo caso accertando anche la consapevolezza del committente, la ovvero la inesistenza oggettiva della prestazione dedotta in contratto.

⁷⁰ In tema si veda altresì S. FIORENTINO, *Alcuni appunti in tema di (supposta) utilizzazione del lease-back come strumento di elusione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, II, p. 207, nonché, G. MELIS, cit., p. 289 ss.

⁷¹ Per l'inquadramento teorico dei problemi attinenti l'attribuzione ed il controllo dei poteri di supremazia dell'amministrazione sui consociati, si veda A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 1.

Insomma, se vi è - come pure vi è - autonomia della dimensione tributaria rispetto a quella del lavoro, non ci si può ricordare che essa esiste solo per superare la certificazione dei contratti di lavoro, per poi dimenticarsene quando occorre accertare l'effettiva integrazione del fatto imponibile da parte del contribuente e, se del caso, la conseguente responsabilità del medesimo contribuente che tale fatto non abbia correttamente dichiarato⁷².

⁷² Più in generale, sui rapporti tra diritto tributario e diritto civile si veda M.C. FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Giappichelli, Torino, 1998, ove, in particolare a p. 13, si premette che l'obbligazione tributaria è disciplinata in modo compiuto nelle leggi tributarie per ciò che attiene alla sua fattispecie e al meccanismo da cui essa scaturisce, oltre che per quanto attiene ai soggetti obbligati al pagamento, al *quantum* dovuto, alle modalità e alle forme nelle quali l'imposta deve essere riscossa.

L'INFORMAZIONE SINDACALE NELL'ERA DELL'IA: VERSO NUOVI SPAZI DI PARTECIPAZIONE DEI LAVORATORI NELL'IMPRESA? ¹

Riccardo Maraga *

Abstract [It]: Il presente saggio si propone di analizzare i nuovi spazi che l'introduzione dell'IA apre alla partecipazione dei lavoratori all'interno dell'impresa. In particolare, l'elaborato si concentra sui diritti di informazione e consultazione sindacale recentemente introdotti negli ordinamenti giuridici nazionale ed europeo, con particolare riferimento al principio di trasparenza algoritmica introdotto dalla legge italiana (art. 1-bis, D.lgs. 26 maggio 1997, n. 152) e ai diritti di informazione collettiva previsti dal Regolamento (UE) 2024/1689, che stabilisce norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale, e dalla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul miglioramento delle condizioni di lavoro sul luogo di lavoro attraverso piattaforme digitali. Infine, il saggio contiene riflessioni critiche sui suddetti interventi normativi e delinea i possibili sviluppi futuri della partecipazione dei lavoratori nell'impresa.

Abstract [En]: The paper aims to analyse the new spaces that the introduction of AI opens up for worker participation within the enterprise. In particular, the paper focuses on the information and consultation rights of trade union recently introduced by national and European legal systems, with special reference to the principle of algorithmic transparency introduced by Italian law (Art. 1-bis, Legislative Decree No. 152 of May 26, 1997) and the collective information rights provided for by Regulation (EU) 2024/1689, which establishes harmonized rules on artificial intelligence, and by the Directive of the European Parliament and Council on the improvement of working conditions at work through digital platforms. Finally, the paper contains critical reflections on the aforementioned regulatory interventions and outlines possible future developments of worker participation in the company.

¹ * Assegnista di ricerca in Diritto del Lavoro, Università Roma Tre.

Il saggio riprende e sviluppa il *paper* presentato durante la ottava conferenza internazionale di ASTRIL (Associazione Studi e Ricerche Interdisciplinari sul Lavoro) sul tema *The future of work: technical progress, artificial intelligence and working times* svoltasi presso l'Università Roma Tre – Dipartimento di Economia il 23 e 24 gennaio 2025. In particolare, il paper è stato presentato nell'ambito della sessione *labour law group special session* avente a oggetto il tema “*AI and fundamental workers' rights: lights and shadows for well-being, equal opportunities and participation dynamics at the workplace*” presieduta dal Prof. Stefano Bellomo.



SOMMARIO: 1. Note introduttive e posizionamento del tema. – 2. Il principio di trasparenza algoritmica di cui al nuovo art. 1-bis del D.lgs. 152/1997. – 3. L’informazione sindacale nel nuovo Regolamento (UE) 2024/1689. – 4. L’informazione sindacale nella nuova Direttiva (UE) 2024/2831: spunti *de iure condito* e *de iure condendo*. – 5. Note conclusive e possibili scenari futuri.

1. Note introduttive e posizionamento del tema

Negli ultimi anni l’intelligenza artificiale (di seguito indicata con “IA”) ha fatto irruzione in tutti gli ambiti e i settori della nostra società e, ovviamente, anche nel mondo del lavoro. Pur non essendo possibile, in questa sede, dare conto di tutte le potenziali ricadute dell’IA nel mondo del lavoro, è sufficiente evidenziare che l’IA può avere un impatto notevole sulle metodologie di produzione dei beni ed erogazione dei servizi, sui livelli occupazionali² e sulle modalità di esercizio dei tradizionali poteri datoriali, aprendo la strada a una possibile de-umanizzazione dei poteri direttivo, di controllo e disciplinare i quali possono essere esercitati da un *robot*, da un *software* o da un algoritmo³, con tutti i rischi che ne conseguono in termini di de-umanizzazione del rapporto di lavoro e tutela della dignità del lavoratore.

2 Alcuni studi si sono concentrati sul rischio di perdita di posti di lavoro a causa dell’avvento dell’IA nel mondo del lavoro: cfr., *ex multis*, C.B. FREY, M.A. OSBORN, *The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation*, Oxford Martin School, Sept. 17, 2013) mentre altri hanno enfatizzato la possibilità che l’IA determini un incremento dei posti di lavoro: cfr., *ex multis*, D. AUTOR, *Why Are There Still So Many Jobs? The History and Future of Workplace Automation*, in *Journal of Economic Perspectives*, 3, 2015; OECD, *The Risk of Automation for Jobs in OECD Countries A Comparative Analysis*, in OECD Social, Employment and Migration Working Papers, no. 189, May 14, 2016; OECD, *Automation, skills use and training*, in OECD Social, Employment and Migration Working Papers, no. 202, Mar. 8, 2018; D. KUCERA, *New automation technologies and job creation and destruction dynamics*, in ILO Employment Policy Brief, May 12, 2017. Il *Future of Jobs Report 2025*, pubblicato l’8 gennaio 2025 dal World Economic Forum, rivela che la percentuale di *job disruption* sarà pari al 22% entro il 2030, con la creazione di 170 milioni di nuovi ruoli e il trasferimento di 92 milioni, con un aumento netto di 78 milioni di posti di lavoro. I progressi tecnologici, i cambiamenti demografici, le tensioni geoeconomiche e le pressioni economiche sono i fattori chiave di questi cambiamenti, che rimodellano i settori e le professioni in tutto il mondo.

3 La letteratura sul punto è molto vasta. Cfr., *ex multis*, V. DE STEFANO, “Negotiating the algorithm”: automation, artificial intelligence and labour protection, in *Comp. Labour Law and Policy Journal*, 41, 2019, p. 8. A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo*, Tempi Nuovi, 2020; A. SARTORI, *L’impatto dell’intelligenza artificiale sul controllo e la valutazione della prestazione, e sull’esercizio del potere disciplinare*, in *Lav. Dir. Eur.*, 3, 2024; M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e tecniche di tutela*, in *Lavoro e dir.*, 2022, p. 542 ss.; ID., *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio sui poteri datoriali e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 9 ss.; F.V. Ponte, *Intelligenza artificiale e lavoro. Organizzazione algoritmica, profili gestionali, effetti sostitutivi*, Giappichelli, Torino, 2024, 54; G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l’algoritmo*, in *Labour & Law Issues*, 2020, 6, n. 2, 22 ss.; L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell’era dell’intelligenza artificiale*, in *WP Massimo D’Antona.it*, 2021, n. 446; ID.,

La digitalizzazione del lavoro determina anche un significativo impatto sulla capacità del sindacato di penetrare nell'impresa e di convogliare i lavoratori intorno a interessi collettivi. Come è stato puntualmente evidenziato⁴, il superamento dei consueti connotati spaziali dei luoghi di lavoro tradizionali e la frammentazione delle prestazioni di lavoro determinata dal lavoro tramite strumenti digitali sviliscono inevitabilmente la capacità dei luoghi di lavoro di assolvere a una funzione aggregativa. Il mondo del lavoro diventa, così, permeabile a quella atomizzazione individualistica che caratterizza la società contemporanea, determinando un effetto destrutturante per i meccanismi associativi e per l'emersione di interessi collettivi. A ciò si aggiunga la tendenza a una incessante accelerazione del *turnover* tra lavoratori, che finisce per minare la possibilità stessa di costruire relazioni collettive consolidate e di sentirsi parte di un gruppo, di una categoria, presupposto che consente all'organizzazione sindacale di assumere una funzione di rappresentanza di gruppi e interessi collettivi.

È stato, altresì, notato che l'opacità che caratterizza le tecnologie di IA determina inedite asimmetrie informative che non incidono solo nel rapporto fra datore di lavoro e dipendente⁵ poiché la complessità e la difficile decifrabilità dei processi decisionali e di monitoraggio algoritmici può acuire gli squilibri di potere nelle relazioni collettive «*consentendo al datore di lavoro di assumere comportamenti di opportunismo contrattuale a discapito della capacità rappresentativa del soggetto collettivo*»⁶.

Ebbene, di fronte a un fenomeno di siffatto impatto sul diritto del lavoro, sia l'ordinamento nazionale che quello eurounitario, attraverso diversi provvedimenti normativi di cui si proporrà una breve analisi, hanno assegnato al sindacato dei nuovi diritti di informazione prodromici e funzionali all'esercizio di una funzione di controllo esterno sull'utilizzo dell'IA nei rapporti di lavoro. Tale controllo viene assicurato attraverso la previsione di specifici obblighi di informazione posti a carico dei datori di lavoro che intendono introdurre o modificare dei sistemi di IA nella gestione dei rapporti di lavoro.

Management algoritmico (voce), in S. BORELLI, V. BRINO, C. FALERI, L. LAZZERONI, L. TEBANO, L. ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 150 ss.; F. BANO, *Algoritmi al lavoro. Riflessioni sul management algoritmico*, in *Lavoro e dir.*, 2024.

4 B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, in *Biblioteca «20 Maggio»*, n. 1, p. 229 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'Industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione*, in *Dir. rel. ind.*, n. 4, p. 1056; P. TULLINI, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, in *Labour & Law Issues*, vol. 4, n. 1, p. 1.

5 C. FALERI, *Management algoritmico e asimmetrie informative di ultima generazione*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2024, p. 217.

6 C. FALERI, *Prove di democrazia partecipativa per le rappresentanze dei lavoratori nella transizione digitale*, in *Riv. giur. lav.*, p. 604.

Si tratta, a ben vedere, di una scelta legislativa non nuova. Il legislatore, infatti, di fronte a fenomeni che destano una particolare preoccupazione per i diritti e le libertà dei lavoratori⁷ oppure per i livelli occupazionali e la tenuta sociale⁸, ha spesso ritenuto di assegnare una simile funzione di controllo al sindacato, introducendo specifiche procedure di informazione e consultazione sindacale volte, da un lato, a procedimentalizzare l'esercizio di determinati poteri datoriali e, all'altro lato, a dare attuazione al principio partecipativo di cui all'art. 46 della Costituzione, il tutto in linea con la dimensione sociale dell'impresa sancita dall'art. 41 Cost.

Il tema si ricollega intimamente alla rilevanza dell'informazione nel rapporto di lavoro e nelle relazioni sindacali, oggetto di una indubbia valorizzazione normativa, in quanto strumento in grado di condurre alla piena formazione della conoscenza su alcuni ambiti.

Non vi è dubbio, infatti, che l'informazione ha un'importanza dominante poiché si pone come premessa per l'assunzione di iniziative spesso condizionate dal possesso di nozioni che, come notato da autorevole dottrina, costituiscono talvolta il principale motivo delle stesse differenze sociali e del successo nelle attività produttive⁹. Nel diritto del lavoro, l'informazione è legata alle iniziative di autonoma regolazione degli interessi che i singoli e i gruppi esercitano, consapevolmente. Con riferimento ai precetti costituzionali da addurre a sostegno dei percorsi normativi che sostengono la diffusione di obblighi di informazione si possono, senza dubbio, citare le disposizioni costituzionali dalle quali emerge la direttiva di tutela e di valorizzazione del lavoro, nella sua dimensione individuale e per le sue implicazioni collettive¹⁰. La valorizzazione della personalità del lavoratore passa anche attraverso l'accesso alle conoscenze relative alle dinamiche del rapporto di lavoro e dell'intera organizzazione in cui è inserita, al fine di consentire alla persona di comprendere l'evoluzione del rapporto e, più in generale, del contesto di lavoro e di assumere, così, decisioni consapevoli. Tali doveri di trasparenza informativa costituiscono indubbia esplicitazione della dimensione di socialità dell'impresa sancita dall'art. 41 Cost., con l'apertura del processo economico alla conoscenza

7 Basti pensare alla previsione di cui all'art. 4 della L. 300/1970 a mente del quale gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per specifiche finalità indicate dalla norma e previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. Sulla riconducibilità dei sistemi di IA alla nozione di «altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori» di cui all'art. 4, comma 1, Stat. Lav. si v. *infra*, § 5.

8 Il riferimento va alle procedure di informazione e consultazione sindacale previste dall'ordinamento in caso di riduzione del personale (artt. 4 e 24 della L. 223/1991; artt. 1, commi da 224 a 238, della L. 234/2021), cessione di azienda o di ramo d'azienda (art. 47 della L. 428/1990), accesso agli ammortizzatori sociali (D.lgs. 148/2015) nonché agli obblighi informativi nei confronti del sindacato posti in capo ai datori di lavoro che fanno ricorso a tipologie contrattuali *non-standard* ai sensi del D.lgs. 81/2015.

9 E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 12-13.

10 V. ROMAGNOLI, *Aiutare Sisifo*, in *Spazio Impresa*, 1990, 16, p. 75.



e alla comprensione da parte dei soggetti, individuali e collettivi, che ne sono interessati. Di talché l'informazione finisce per divenire strumento di uguaglianza sostanziale, di riequilibrio e di almeno parziale superamento delle ineliminabili differenze e lacune, spesso profonde, di preparazione, di mezzi, di strumenti di verifica, di possibilità di indagine e di accesso che si traducono in vere e proprie disuguaglianze di fatto. Riequilibrio necessario a determinare la piena comprensione di ciò che sta accadendo nell'impresa e a determinare il passaggio dalla conoscenza all'azione, all'esercizio di diritti individuali e collettivi. Non può, dunque, stupire che ogni sconvolgimento profondo del mondo del lavoro, come la digitalizzazione dell'impresa e dei processi lavorativi, si accompagni a una rivitalizzazione dei percorsi normativi di valorizzazione dell'informazione, sia nella sua dimensione individuale che collettiva. Informazione quantomai necessaria per comprendere innovazioni nei processi che presentano un elevato livello di complessità e che appaiono, indubbiamente, di difficile comprensione. Ed ecco che, proprio alla luce della complessità delle informazioni che riguardano l'IA, come vedremo *infra* nel § 2, nel principio di trasparenza algoritmica recentemente introdotto nel nostro ordinamento la dimensione individuale e quella collettiva dell'informazione si saldano, nella consapevolezza che il lavoratore, da solo, non ha gli strumenti per decifrare ed interpretare correttamente le informazioni ma necessità dell'assistenza dell'organizzazione sindacale¹¹.

Prima di passare alla disamina di tali nuovi obblighi, oltre a un riferimento alla rilevanza dell'informazione nei rapporti di lavoro, individuali e collettivi, un breve inquadramento sistematico dei diritti di informazione e consultazione sindacale appare d'obbligo.

Tra i diversi strumenti di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese¹², i quali possono essere adottati al fine di dare attuazione al principio costituzionale di cui all'art. 46

¹¹ L'introduzione di obblighi informativi che si applicano indistintamente agli individui e alle organizzazioni collettive rievoca l'attualità del pensiero di Enrico Gragnoli secondo cui «non è essenziale contrapporre i diritti (di informazione, ndr) del singolo dipendenti e quelli del sindacato ... l'esperienza dei flussi conoscitivi nell'ambiente aziendale fa sminuire la secca bipartizione ... l'informazione si inserisce con una certa difficoltà in una rigida distinzione tra la prospettiva individuale e quella collettiva»). Sul punto si v. E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 30.

¹² Sul tema della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese si segnalano le seguenti trattazioni monografiche più recenti: M. GAMBACCIANI, *Diritti sindacali partecipativi e "dovere" di contrarre*, Giappichelli, Torino, 2023; M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Partecipazione dei lavoratori e contrattazione collettiva nell'impresa. Tendenze e mutamenti recenti in Italia, Francia, Germania e Spagna*, Milano, 2021; C. ZOLI (a cura di), *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Torino, 2015; M. CARRIERI, P. NEROZZI, T. TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva. Idee e proposte per rilanciare la democrazia nelle imprese*, Bologna, 2015; A. DURANTE, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa tra libertà economica e democrazia industriale*, Mantova, 2013; M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Milano, 2013; F. PASCUCCI, *La partecipazione dei lavoratori. Responsabilità sociale e amministrativa d'impresa*, Milano, 2013; M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Milano, 2012; R. CARAGNANO, *Il*

della Costituzione¹³, i diritti di informazione e consultazione dei lavoratori¹⁴ sono stati spesso considerati delle forme “deboli” di coinvolgimento¹⁵, di intensità minore rispetto agli obblighi a contrarre e ai diritti di veto¹⁶, a causa della loro natura di strumenti unicamente preventivi¹⁷, diretti a esercitare un mero potere di influenzare il corso della decisione, ma non il merito della stessa.

La debolezza del coinvolgimento dei lavoratori, in particolare, risiederebbe nel fatto che gli obblighi di informazione e consultazione costringono, sì, il datore di lavoro a procedimentalizzare l’assunzione delle proprie decisioni¹⁸, tenendo conto anche di interessi diversi dal proprio¹⁹, ma non determinano alcuna effettiva compressione della propria autonomia decisionale, diversamente dalle ipotesi di codeterminazione proprie di un modello di partecipazione “forte”, come quello tedesco²⁰.

Tale ricostruzione, tendente a sminuire l’effettiva portata dei diritti di informazione e consultazione dei lavoratori rispetto alle forme “forti” di partecipazione “alla tedesca”, non è

codice della partecipazione. Contributo allo studio della partecipazione dei lavoratori, Milano, 2011; F. LUNARDON, *Informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori*, Milano, 2008; con riferimento ai contributi classici sul tema si v., su tutti, M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985. Con riferimento alla produzione dottrinale non monografica si segnalano, da ultimo, D. MARINO, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese nella contrattazione collettiva*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2020, 4, p. 1024 e segg.; M. CARRIERI, *Come andare oltre la partecipazione intermittente*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2019, 162, p. 414 ss.; A. PERULLI, *Workers' Participation in the Firm: Between Social Freedom and Non-Domination*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.INT, 2019, n. 149, p. 49 ss.

13 Cfr., *ex multis*, P. TOSI, *Lavoro, sindacati e partecipazione nella Costituzione italiana*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2021, 1, p. 30 ss.; A. APOSTOLI, *La forza propulsiva dell’art. 46 della Costituzione al di là della sua sostanziale inattuazione*, in C. ZOLI (a cura di), *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Torino, 2015, pag. 15 ss.; G. GHEZZI, *Art. 46*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, III, *Rapporti economici*, Bologna-Roma, 1980, p. 69 ss.; M. D’ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.

14 Per una ricostruzione storica dei diritti di informazione e consultazione dei lavoratori in Italia si v., per tutti, M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, op. cit., p. 22 ss., che sottolinea come tali strumenti siano stati introdotti dapprima dalla contrattazione collettiva e solo successivamente dalla legge (D.lgs. n. 25/2007) in attuazione della direttiva europea 2002/14/CE.

15 G. PROIA, *La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 1, p. 63.

16 *Contra* M. ROCCELLA, *Parte obbligatoria del contratto collettivo e diritti sindacali di controllo*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, I, p. 434.

17 C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore: dagli interessi legittimi all’uso delle clausole generali*, Milano, 1988, p. 164.

18 Proprio per questo i diritti di informazione e consultazione sindacale sono stati definiti anche con l’appellativo “clausole di procedimentalizzazione”, ovvero strumenti di “complicazione” del procedimento decisionale dell’imprenditore al fine di ottenere un’influenza sulle decisioni. Così F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 118.

19 U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell’art. 2086 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1049-1055.

20 Il dibattito sulla natura “debole” dei diritti di informazione e consultazione dei lavoratori è riportato da M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, op. cit., p. 24-25.



rimasta, in verità, esente da critiche in quanto autorevole dottrina ha avuto modo di evidenziare che «in una realtà che è di competizione fra interessi contrapposti...la partecipazione non può che essere dialettica, fatta più di scontri che di incontri, e si realizza con il diritto di informazione e consultazione dei lavoratori nell'impresa»²¹ ed è stato altresì notato che tali strumenti partecipativi consentivano al sindacato di italiano di accedere a una forma di coinvolgimento per certi versi maggiore rispetto a quella propria del sistema tedesco, in cui il ruolo dei rappresentanti dei lavoratori nelle “questioni economiche” risulta oltremodo limitato rispetto agli altri ambiti delle scelte imprenditoriali²².

Occorre considerare che, in un'ottica multilivello, i diritti di informazione e consultazione dei lavoratori trovano fondamento non solo nell'art. 46 della Costituzione ma anche nell'ordinamento dell'Unione Europea²³ che ha avuto, invero, un ruolo propulsivo fondamentale per l'introduzione di tali diritti nel nostro ordinamento.

Con specifico riferimento all'utilizzo di forme di IA nella gestione dei rapporti di lavoro si tratta, dunque, di chiedersi se, effettivamente, i diritti di informazione introdotti dall'ordinamento multilivello porteranno a un effettivo controllo sindacale sulle scelte datoriali oppure si risolveranno in meri passaggi burocratici privi di una reale effettività e se da tali obblighi possono evolvere forme di coinvolgimento più avanzate dei lavoratori nella progettazione e gestione dei sistemi tecnologici applicati ai rapporti di lavoro.

2. Il principio di trasparenza algoritmica di cui al nuovo art. 1-bis del D.lgs. 152/1997

Il legislatore italiano, in un certo senso anticipando quello eurounitario, nell'ambito del D.lgs. 104/2022, adottato per recepire la direttiva (UE) 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, ha aggiunto al D. Lgs. 152/1997 il nuovo art. 1bis il quale prevede una serie di obblighi informativi in capo al datore di lavoro in caso di “utilizzo

21 Così F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva e libertà sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, p. 140.

22 Tale opinione è stata espressa da G. AMATO, *Non cogestione, ma contropotere*, in AA.VV., *Quattro note sulla democrazia industriale*, in *Pol. Dir.*, 1976, I, p. 9.

23 Il riferimento è all'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e agli artt. 5, 114, 115, 151 e 153 del TFUE. Il proposito di rafforzare il dialogo sociale attraverso lo strumento della contrattazione collettiva e di promuovere i diritti di partecipazione è stato spesso enunciato a livello europeo, fino alla recente *Dichiarazione sul futuro del Social Pillar*, a conferma di una «presa di coscienza», a livello sovranazionale, della necessità di attivare tutti gli strumenti del dialogo sociale per affrontare i diversi aspetti occupazionali dell'IA. Si v. Eurofound, *Rapporto The digital age. Implications of automation, digitisation and platforms for work and employment*, 15 dicembre 2021 nonché *La Hulpe Declaration on the future of the European Pillar of Social Rights*, 6 aprile 2024, spec. punto 22.

di sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente²⁴ automatizzati²⁵ deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori" (comma 1).

Tali informazioni – da rendersi “prima dell’inizio dell’attività lavorativa” e comunque in corso di rapporto almeno 24 ore prima di ogni eventuale modifica incidente sulle informazioni in precedenza fornite (comma 5) – riguardano: “a) gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi di cui al comma 1; b) gli scopi e le finalità dei sistemi di cui al comma 1; c) la logica ed il funzionamento dei sistemi di cui al comma 1; d) le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi di cui al comma 1, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; e) le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; f) il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi di cui al comma 1 e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse” (comma 2). Ai fini di una corretta intellegibilità dell'informazione la disposizione precisa che l'obbligo di informazione è adempiuto mediante la fornitura di informazioni “in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico” (comma 6)²⁶.

24 L'avverbio “integralmente” è stato inserito dall'art. 26, comma 2, lettera a), del D.L. 4 maggio 2023, n. 48, convertito con modificazioni dalla L. 3 luglio 2023, n. 85. Secondo Trib. Torino, decr., 5 agosto 2023, in *Dejure* «un sistema decisionale integralmente automatizzato è quello che adotta decisioni senza richiedere l'intervento umano» oppure nel quale l'intervento umano sia meramente eventuale, accessorio e, dunque, irrilevante. Parte della dottrina ha evidenziato che «i sistemi di cui tratta l'art. 1-bis non consentono di pervenire a una “decisione basata unicamente” sulla elaborazione da questi effettuata [...] in quanto “deputati a fornire indicazioni” rilevanti o incidenti ai fini delle determinazioni organizzative». Secondo tale lettura, la disposizione si applicherebbe dunque anche ai «sistemi che non conducono direttamente a una decisione ma forniscono elementi utili per le scelte gestionali». Così A. DONINI, *La tutela del diritto di informazione collettiva sui sistemi automatizzati attraverso il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 2023, I, p. 422.

25 Per le diverse accezioni di “automatizzazione” dei sistemi e delle c.d. decisioni algoritmiche si v. S. CIUCCIOVINO, *La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2024, n. 1.

26 Sui nuovi obblighi informativi introdotti dall'art. 1bis del Decreto Trasparenza si v., *ex multis*, S. CIUCCIOVINO, *La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro*, in *Lav. Dir. Eur.* n. 1/2024; A. TURSI, “Trasparenza” e “diritti minimi” dei lavoratori nel decreto trasparenza, in *Dir. rel. ind.*, 2023, p. 22; M. DELFINO, *Lavoro mediante piattaforme digitali, dialogo sociale europeo e partecipazione sindacale*, in *Federalismi.it*, Focus Lavoro, persona, tecnologia, n. 25/2023; D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILI, A. TROISI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 96, Adapt University Press, 2022; M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei “sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati” nel rapporto di lavoro (a partire dal decreto trasparenza)*, in *Giustizia civile.com*, n. 11/2022; M. FAIOLI, *Data Analytics, robot*

Quel che più conta ai fini del presente elaborato è che destinatari di tali obblighi informativi sono, oltre al singolo lavoratore interessato, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero la rappresentanza sindacale unitaria e, in assenza delle predette rappresentanze, le sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (comma 6).

Inoltre, ai sensi del comma 3, le rappresentanze sindacali aziendali o territoriali hanno anche la possibilità di fornire assistenza al lavoratore nell'esercizio del diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni concernenti gli obblighi di cui al comma 2.

Appare evidente, innanzitutto, che l'obbligo introdotto dal legislatore riguarda unicamente l'*informazione* ma non si estende alla *consultazione* del sindacato al quale non viene riconosciuta la facoltà di chiedere – come invece è spesso previsto nell'ambito dei diritti di informazione – un esame congiunto con la parte datoriale.

Parimenti chiaro è il fatto che il diritto all'informazione riconosciuto al sindacato è autonomo e non ancillare rispetto a quello del lavoratore, di talché l'adempimento dell'obbligo verso uno dei destinatari individuati dalla norma non può essere sufficiente per ritenere l'obbligo assolto anche nei confronti dell'altro soggetto²⁷.

L'autonomia della posizione giuridica del sindacato, titolare di un diritto proprio all'informazione, determina un innegabile ampliamento del ventaglio di strumenti di azione sindacale. Infatti, come affermato dalle prime pronunce di merito in materia²⁸, l'eventuale violazione dell'obbligo informativo costituisce condotta antisindacale ed è, dunque, immediatamente giustiziabile tramite lo strumento di repressione della condotta antisindacale ex art. 28, Stat. Lav., anche tramite forme di *strategic litigation*²⁹. Inoltre, il diritto a ricevere

intelligenti e regolazione del lavoro, in *Federalismi.it*, Focus Lavoro, persona, tecnologia, n. 9/2022; ID., *Giustizia contrattuale, tecnologia avanzata e reticenza informativa del datore di lavoro. Sull'imbarazzante "truismo" del decreto trasparenza*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, p. 57 ss.; M.T. CARINCI, S. GIUDICI, P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis "Decreto Trasparenza")*: quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?, in *Labor*, 2023, 1.

²⁷ Secondo una delle prime pronunce di merito sulla norma in commento «la disposizione in esame riconosce il diritto a ricevere quelle informazioni sia al lavoratore, sia alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative (in assenza di RSA/RSU), senza che l'adempimento dell'obbligo nei confronti di uno dei titolari, possa far ritenere l'obbligo informativo adempiuto anche nei confronti dell'altro» (cfr. Trib. Torino decr., 5 agosto 2023 – Est. Salvatori, in *Arg. dir. lav.*, 1, 2024, p. 111 ss., con nt. di A. A. SCELSI, *L'informativa sui sistemi automatizzati, se lacunosa, integra gli estremi della condotta antisindacale*).

²⁸ Cfr. Trib. Torino, decr. 5 agosto 2023, cit. nonché Trib. Palermo 3 aprile 2023, in *Arg. Dir. Lav.*, 2023, 5, p. 1004, con nt. di S. RENZI, *Obblighi di trasparenza in materia di sistemi automatizzati: il Tribunale di Palermo precisa il contenuto dell'informativa ex art. 1-bis D.Lgs. n. 152 del 1997*; Trib. Palermo 20 giugno 2023, in *Arg. dir. lav.*, 6, p. 1228, con nt. di P. DE PETRIS, *La repressione della condotta antisindacale come strumento di effettività della trasparenza algoritmica*;

²⁹ Sul punto si v. C. SPINELLI, *Il contenzioso strategico quale strumento di tutela dei diritti: il caso dei lavoratori delle piattaforme digitali*, in *Dir. merc. lav.*, 2022, 1, p. 65 e segg.; I. SENATORI, C. SPINELLI (a cura di), *Litigation*

l'informazione e la possibilità di assistere il lavoratore nella richiesta dell'informazione possono rappresentare delle forme di avvicinamento del sindacato a contesti aziendali non ancora sindacalizzati, aprendo dunque a nuove prospettive di rappresentanza³⁰ particolarmente importanti alla luce delle richiamate difficoltà di penetrazione del sindacato nell'impresa digitalizzata.

Oltre che ampliare gli strumenti presenti nella "cassetta degli attrezzi" a disposizione del sindacalista, l'introduzione di tali obblighi informativi pare delineare una nuova funzione del sindacato nell'era dell'IA, ossia quella di «*commutare il linguaggio e la logica delle macchine in un linguaggio comprensibile all'uomo, razionalmente spiegabile e, di conseguenza, verificabile nella sua potenziale lesività*»³¹, tramite nuove forme di procedimentalizzazione dei poteri datoriali³² finalizzate a bilanciare, nel solco dell'art. 41, comma 2, Cost. il diritto del datore di lavoro di organizzare l'impresa utilizzando le innovazioni tecnologiche a disposizione con l'esigenza di evitare che ciò possa arrecare un pregiudizio alla dignità dei lavoratori. Bilanciamento ricercato tramite obblighi informativi in grado di riequilibrare (almeno in parte) l'asimmetria informativa tra datore di lavoro e lavoratore nonché attraverso la funzione di controllo e assistenza del sindacato, chiamato a verificare che l'uso dell'IA non si traduca in una indebita lesione della dignità dei lavoratori e a fornire a questi ultimi delle chiavi di lettura accessibili nei confronti di informazioni intrinsecamente tecniche e di difficile comprensione.

Il limite – ci torneremo meglio *infra* – di tale previsione è nella debolezza del coinvolgimento del sindacato il quale ha, sì, il diritto di essere informato ma non di essere consultato e dunque, salvo spazi di negoziazione autonomamente conquistati sul campo, non può pretendere di sedersi al tavolo con il datore di lavoro per negoziare l'utilizzo dell'IA nel rapporto di lavoro.

3. L'informazione sindacale nel nuovo Regolamento (UE) 2024/1689.

In linea generale si può affermare che il ruolo del sindacato nel regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, pubblicato sulla *GUUE* del 12 luglio 2024³³ appare marginale. Un primo accenno è presente nel considerando n. 92 laddove

(Collective) Strategies to Protect Gig Workers' Rights. A Comparative Perspective, Torino, 2022; V. PROTOPAPA, *Uso strategico del diritto e azione sindacale*, Bologna, 2022.

30 Parte della dottrina ha evidenziato che la disposizione in commento determina l'«imposizione di una interlocuzione sindacale [...] anche ad aziende non sindacalizzate» (così A. TURSI, "Trasparenza" e "diritti minimi" dei lavoratori nel decreto trasparenza, cit., p. 22).

31 L. ZAPPALÀ, *Appunti su linguaggio, complessità e comprensibilità del lavoro 4.0: verso una nuova procedimentalizzazione dei poteri datoriali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 462/2022, p. 28.

32 cfr. V. DE STEFANO, 'Negotiating the algorithm': automation, artificial intelligence and labour protection, in *Comp. Lab. Law. & Pol. Jour.*, 2019, n. 41, p. 1 ss.

33 Scopo del regolamento è «migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di

si afferma che il regolamento lascia impregiudicati gli obblighi dei datori di lavoro di informare e consultare i lavoratori o i loro rappresentanti a norma del diritto e delle prassi dell'Unione o nazionali ed esprime la necessità di garantire che i lavoratori e i loro rappresentanti siano informati in merito alla diffusione programmata dei sistemi di IA ad alto rischio sul luogo di lavoro. Un altro accenno al sindacato lo troviamo nel considerando n. 165, laddove si afferma che *«I fornitori e, se del caso, i deployer di tutti i sistemi di IA, ad alto rischio o meno, e modelli di IA dovrebbero inoltre essere incoraggiati ad applicare su base volontaria requisiti supplementari relativi, ad esempio [...] alla partecipazione dei portatori di interessi, con il coinvolgimento, se del caso, dei portatori di interessi pertinenti quali le organizzazioni imprenditoriali e della società civile, il mondo accademico, le organizzazioni di ricerca, i sindacati e le organizzazioni per la tutela dei consumatori nella progettazione e nello sviluppo dei sistemi di IA, e alla diversità dei gruppi di sviluppo, compreso l'equilibrio di genere»* e si auspica l'adozione di codici di condotta volontari *«elaborati in modo inclusivo, se del caso, con il coinvolgimento dei portatori di interessi pertinenti, quali le organizzazioni imprenditoriali e della società civile, il mondo accademico, le organizzazioni di ricerca, i sindacati»*.

Nella parte dispositiva del regolamento si prevede, all'art. 26, comma 7, che prima di mettere in servizio o utilizzare un sistema di IA ad alto rischio³⁴ sul luogo di lavoro, i deployer che sono datori di lavoro debbono informare i rappresentanti dei lavoratori e i lavoratori interessati che saranno soggetti all'uso del sistema di IA ad alto rischio.

Ad opinione di chi scrive, nel caso dell'ordinamento italiano, tale obbligo deve ritenersi assorbito dal dovere di informazione introdotto dall'art. 1-bis del D.lgs. n. 152/1997. Ciò per diverse ragioni. Innanzitutto deve osservarsi che l'obbligo introdotto dal regolamento ha una

protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, e promuovendo l'innovazione» (cfr. art. 1).

³⁴ I sistemi di IA sono ad alto rischio quando ricorrono le condizioni indicate nell'art. 6 del regolamento. È interessante notare che, in base al considerando n. 57, anche i sistemi di IA utilizzati nel settore dell'occupazione, nella gestione dei lavoratori e nell'accesso al lavoro autonomo, in particolare per l'assunzione e la selezione delle persone, per l'adozione di decisioni riguardanti le condizioni del rapporto di lavoro la promozione e la cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, per l'assegnazione dei compiti sulla base dei comportamenti individuali, dei tratti o delle caratteristiche personali e per il monitoraggio o la valutazione delle persone nei rapporti contrattuali legati al lavoro, dovrebbero essere classificati come sistemi ad alto rischio, in quanto tali sistemi possono avere un impatto significativo sul futuro di tali persone in termini di prospettive di carriera e sostentamento e di diritti dei lavoratori. L'Allegato III del regolamento, che contiene un elenco di sistemi di IA ad alto rischio di cui all'articolo 6, paragrafo 2, menziona, nel settore dell'occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo, i seguenti sistemi di IA ad alto rischio: a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per pubblicare annunci di lavoro mirati, analizzare o filtrare le candidature e valutare i candidati; b) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per adottare decisioni riguardanti le condizioni dei rapporti di lavoro, la promozione o cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, per assegnare compiti sulla base del comportamento individuale o dei tratti e delle caratteristiche personali o per monitorare e valutare le prestazioni e il comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti di lavoro.



portata applicativa, dal punto di vista oggettivo, più limitata rispetto all'art. 1-bis in quanto riguarda unicamente i sistemi di IA ad alto rischio mentre l'art. 1-bis si applica in ogni caso di utilizzo di *sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente automatizzati* deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori. Ebbene, il "sistema automatizzato" non sempre è un sistema di IA in quanto «*Il concetto di sistema automatizzato rinvia semplicemente a sistemi di elaborazione dei dati che fanno uso di macchine (considerando 12), ma è una nozione più ampia di quella di IA e, in quanto tale, atta a comprendere sistemi digitali e software anche più tradizionali, non dotati di ragionamento autonomo rispetto all'intervento umano*»³⁵. In secondo luogo, all'interno dei sistemi di IA, l'obbligo informativo introdotto dal regolamento riguarda solo quelli ad alto rischio. Infine perché il regolamento precisa che le informazioni oggetto dell'obbligo informativo sono fornite «*conformemente alle norme e alle procedure stabilite dal diritto e dalle prassi dell'Unione e nazionali in materia di informazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti*» e da ciò può ricavarsi un implicito richiamo all'art. 1-bis.

Con riferimento al coinvolgimento sindacale nei sistemi di IA il regolamento appare, dunque, timido nell'introduzione di norme precettive innovative³⁶ ma, purtuttavia, dotato di una potenziale *vis espansiva* grazie alla portata programmatica di alcune sue disposizioni.

Ci si riferisce a una serie di passaggi che lasciano presagire la possibilità di un effettivo coinvolgimento dei lavoratori e dei loro rappresentanti nella progettazione e attuazione virtuosa di una IA antropocentrica e socialmente sostenibile e la possibilità di inaugurare una nuova stagione di partecipazione dei lavoratori nell'impresa proprio su questo terreno³⁷.

35 Così S. CIUCCIOVINO, *Risorse umane e intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) 2024/1689, tra norme legali, etica e codici di condotta*, in *Dir. rel. ind.*, 3, 2024, p. 575 che sottolinea come la capacità inferenziale, l'autonomia e la capacità di autoapprendimento (ossia la capacità di adattamento progressivo e di cambiamento autonomo durante l'uso) dei sistemi di IA rappresentano anche le caratteristiche più dirompenti dal punto di vista tecnologico e che destano preoccupazione sul piano della tutela dei diritti delle persone implicate o impattate dall'uso dei sistemi di IA.

36 Il giudizio è condiviso da A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il nuovo Regolamento Ue sull'intelligenza artificiale e i lavoratori*, in <https://www.rivistailmulino.it/a/regolamento-ue-sull-intelligenza-artificiale-una-minaccia-alla-protezione-deilavoratori>, secondo i quali, sebbene classificare i sistemi di IA utilizzati sul lavoro come «ad alto rischio» sia più che opportuno, la proposta di Regolamento è del tutto insufficiente ad assicurare una protezione effettiva ai lavoratori.

37 Cfr., sul punto, su v. S. CIUCCIOVINO, *Risorse umane e intelligenza artificiale*, cit., p. 606 ss.; L. IMBERTI, *Intelligenza artificiale e sindacato. Chi controlla i controllori artificiali?*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 29; M. CORTI, *Innovazione tecnologica e partecipazione dei lavoratori: un confronto fra Italia e Germania*, ivi, 2022, n. 17; M. CORTI, *L'intelligenza artificiale nel decreto trasparenza e nella legge tedesca sull'ordinamento aziendale*, ivi, 2023, n. 29.

L'art. 95 del regolamento prevede, infatti, che gli Stati membri incoraggiano e agevolano l'elaborazione di codici di condotta, compresi i relativi meccanismi di *governance*, intesi a promuovere l'applicazione volontaria ai sistemi di IA, diversi dai sistemi di IA ad alto rischio, di alcuni o di tutti i requisiti previsti dal regolamento stesso, tenendo conto delle soluzioni tecniche disponibili e delle migliori pratiche del settore che consentono l'applicazione di tali requisiti. I codici di condotta possono essere elaborati da singoli fornitori o deployer di sistemi di IA o da organizzazioni che li rappresentano o da entrambi, anche con la partecipazione di qualsiasi portatore di interessi, tra i quali, come evidenziato dal considerando n. 165, le organizzazioni sindacali che potrebbero essere dunque coinvolte nell'elaborazione di tali codici di condotta e, dunque, nella fase *by design* dei sistemi di IA, «*evolvendo dal modello classico della informazione e consultazione, verso un nuovo modello di una partecipazione attiva di stampo organizzativo*»³⁸.

In attesa di comprendere come l'ordinamento interno intenderà incoraggiare ed agevolare tali codici di condotta e in assenza di una previsione legislativa precettiva che imponga un simile coinvolgimento sindacale, nuovi spazi nella costruzione, progettazione e negoziazione dei sistemi di IA utilizzati nell'ambito delle risorse umane potrebbero essere "conquistati" dal sindacato nell'ambito dell'autonomia collettiva. Non si tratta di un'attività del tutto nuova posto che i sindacati hanno già potuto sperimentare da decenni la negoziazione di accordi *ex art. 4, Stat. Lav.* con i quali hanno negoziato, insieme ai datori di lavoro, l'utilizzo di impianti audiovisivi e altri strumenti tecnologici da cui può derivare il controllo a distanza dei lavoratori e hanno, talvolta, introdotto degli accorgimenti tecnici o giuridici in grado di evitare che da tali strumenti potesse derivare la lesione di interessi e diritti fondamentali dei lavoratori³⁹.

4. L'informazione sindacale nella nuova Direttiva (UE) 2024/2831: spunti *de iure condito* e *de iure condendo*.

Se, come detto, il ruolo delle parti sociali nel regolamento appare marginale, ben più importante appare, invece, nell'ambito della Direttiva (UE) 2024/2831⁴⁰. Tale diversità si

38 S. CIUCCIOVINO, *Risorse umane e intelligenza artificiale*, cit., p. 606.

39 Si pensi, ad esempio, agli accordi che escludono l'utilizzabilità ai fini disciplinari delle informazioni ricavate dall'utilizzo di tali strumenti. Sul punto si v. A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018, specialmente pp. 203-205.

40 Sono numerosi i contributi sul progetto di direttiva, prima, e sulla direttiva, poi. Si v., *ex multis*, A. ROSIN, *Towards a European Employment Status: The EU Proposal for a Directive on Improving Working Conditions in Platform Work*, in *Industrial Law Journal*, 51(2), 2022, p. 478 ss.; M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, 7(2), 2021, C.1 ss.; T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*,

giustifica alla luce della diversa base giuridica dei due provvedimenti⁴¹: il regolamento, infatti, si fonda principalmente sull'art. 114 TFUE che prevede l'adozione di misure destinate ad assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. La direttiva si basa, invece, anche se non esclusivamente⁴², sull'articolo 153, par. 1, lettera b), TFUE, che conferisce all'Unione il potere di sostenere e completare l'azione degli Stati membri con l'obiettivo di migliorare le condizioni di lavoro. Tale diversità di approccio emerge chiaramente nel considerando n. 52 laddove si afferma che l'informazione e la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, disciplinate a livello dell'Unione a norma della direttiva 2002/14/CE, sono fondamentali per promuovere un dialogo sociale efficace e, considerato che l'introduzione o le modifiche sostanziali nell'uso dei sistemi di monitoraggio o decisionali automatizzati da parte delle piattaforme di lavoro digitali hanno un impatto diretto sull'organizzazione del lavoro e sulle condizioni di lavoro individuali dei lavoratori delle piattaforme digitali, è necessario garantire che le piattaforme di lavoro digitali informino e consultino i rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali prima che tali decisioni siano prese. Il considerando evidenzia anche che, data la complessità tecnica dei sistemi di gestione algoritmica, le informazioni dovrebbero essere fornite in tempo utile per consentire ai rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali di prepararsi alla consultazione, con l'assistenza di un esperto scelto di concerto dai lavoratori delle piattaforme digitali o dai loro rappresentanti, ove necessario.

Venendo al contenuto dei diritti di informazione introdotti dalla direttiva occorre, anzitutto, evidenziare che il testo non fa mai esplicito riferimento alle rappresentanze sindacali, bensì ai «rappresentanti dei lavoratori» che vengono definiti «*i rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali, quali i sindacati e i rappresentanti liberamente eletti dai lavoratori delle piattaforme digitali conformemente al diritto e alle prassi nazionali*» (art. 2, comma 1, lett. h).

2022, n. 9, p. 196-197; S. BELLOMO, D. MEZZACAPO, F. FERRARO, D. CALDERARA, *Improving working conditions in platform work in the light of the recent proposal for a directive*, Collana Convegni, Sapienza, 2023; A. ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, n. 2, p. 652, F. MARASCO, *Per una collocazione sistematica del "diritto alla trasparenza digitale" nella dimensione collettiva dei rapporti di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2024, p. 955 ss.;

41 Tale opinione è condivisa da L. TEBANO, *La digitalizzazione del lavoro tra intelligenza artificiale e gestione algoritmica*, in *Ianus*, 2021, n. 24, p. 45 ss. nonché da M. DELFINO, *Lavoro mediante piattaforme digitali, dialogo sociale europeo e partecipazione sindacale*, in *Federalismi.it*, 18 ottobre 2023, p. 5.

42 Attenta dottrina ha evidenziato che la direttiva si basa anche sull'art. 16, par. 2, TFUE nella misura in cui affronta la situazione delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali in relazione alla protezione dei loro dati personali trattati mediante sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati. Cfr. M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, 2021, n. 2.



Parte della dottrina ha ritenuto che la mancata imposizione di uno specifico modello di rappresentanza costituisca un elemento di debolezza e che l'espressione «rappresentanti dei lavoratori» sia troppo ambigua e foriera di possibili interpretazioni o attuazioni restrittive a livello nazionale⁴³. In verità appare più corretto ritenere che, di fronte alla eterogeneità di modelli di rappresentanza dei lavoratori presenti negli ordinamenti dei paesi dell'UE, il legislatore eurounitario abbia ritenuto preferibile utilizzare una terminologia volutamente ampia, in grado di includere sia la pluralità di sistemi di rappresentanza presenti nei vari ordinamenti, sia le iniziative di rappresentanza spontaneistica e autorganizzata diffuse nel contesto delle piattaforme digitali⁴⁴. In ogni caso, con riferimento al nostro ordinamento, non vi è dubbio che rientrino nella nozione di «rappresentanti dei lavoratori» le rappresentanze sindacali aziendali e unitarie e le organizzazioni sindacali.

Venendo al contenuto precettivo, l'art. 8 della direttiva onera le piattaforme digitali, ai sensi dell'articolo 35, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679, di effettuare la valutazione dell'impatto del trattamento dei dati personali da parte dei sistemi di monitoraggio o decisionali automatizzati sulla protezione dei dati personali dei lavoratori e di chiedere il parere degli stessi e dei loro rappresentanti. Inoltre, la valutazione d'impatto deve essere fornita ai rappresentanti dei lavoratori. Si tratta, senza dubbio, di un primo diritto informativo in capo ai sindacati.

Inoltre la direttiva introduce il principio di trasparenza algoritmica (anticipato, nel nostro ordinamento, dal predetto art. 1-bis) in base al quale le piattaforme digitali devono fornire ai rappresentanti dei lavoratori in modo completo e dettagliato una serie di informazioni sui sistemi di monitoraggio automatizzati⁴⁵ e sui sistemi decisionali automatizzati⁴⁶.

43 G. A. RECCHIA, *On the digital labour side, is power still collective power? Notes on the proposal for a Directive on improving working conditions in platform work and its impact on the Italian legal system*, in S. BELLOMO, D. MEZZACAPO, F. FERRARO, D. CALDERARA (a cura di), *Improving working conditions in platform work in the light of the recent proposal for a directive*, cit., p. 106.

44 M. AIMO, *Sistemi di gestione algoritmica del lavoro: la risposta dell'Europa di fronte a una trasformazione «ad alto rischio»*, in P. ALBI (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'era delle transizioni*, Pacini Giuridica 2024, p. 10.

45 Tali informazioni sono: a) il fatto che tali sistemi siano in uso o siano in fase di introduzione; b) le categorie di dati e azioni monitorate, supervisionate o valutate da tali sistemi, compresa la valutazione da parte del destinatario del servizio; c) l'obiettivo del monitoraggio e le modalità con cui il sistema deve svolgerlo.

46 Le informazioni da fornire sono le seguenti: a) il fatto che tali sistemi siano in uso o siano in fase di introduzione; b) le categorie di decisioni che sono prese o sostenute da tali sistemi; c) le categorie di dati e i principali parametri di cui tali sistemi tengono conto e l'importanza relativa di tali principali parametri nel processo decisionale automatizzato, compreso il modo in cui i dati personali o il comportamento della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali incidono sulle decisioni; d) i motivi alla base delle decisioni di limitare, sospendere o chiudere l'account della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali o di non retribuire il lavoro svolto dalla stessa, nonché delle decisioni in merito alla sua situazione contrattuale o di qualsiasi decisione con effetto equivalente o pregiudizievole.

L'informazione deve, inoltre, riguardare tutte le categorie di decisioni prese o sostenute da sistemi automatizzati che incidano in qualsiasi modo sui lavoratori. Tali informazioni devono essere fornite: a) prima dell'uso di detti sistemi; b) prima dell'introduzione di modifiche che incidono sulle condizioni di lavoro, sull'organizzazione del lavoro o sul monitoraggio dell'esecuzione del lavoro; c) in qualsiasi momento su richiesta dei rappresentanti dei lavoratori.

Anche in questo caso si deve ritenere che tali obblighi informativi siano assorbiti dall'art. 1-bis il quale, invero, ha un campo di applicazione soggettivo più ampio della direttiva poiché non si applica solo ai datori di lavoro che organizzano il lavoro mediante piattaforme digitali ma a tutti i datori di lavoro e committenti pubblici e privati⁴⁷ che intendano procedere all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente automatizzati. Da questo punto di vista possiamo, dunque, affermare che con l'art. 1-bis il legislatore ha anticipato il principio di trasparenza algoritmica contenuto nella direttiva, generalizzandone l'applicazione anche oltre l'ambito delle piattaforme digitali. Occorre comunque rilevare che anche la disposizione della direttiva si ferma alla logica della mera informazione sindacale, senza introdurre né un obbligo di consultazione né un principio di negoziazione dell'algoritmo.

Sembra lasciare spazio, invece, a una vera forma di partecipazione organizzativa la disposizione dell'art. 10, comma 1, della direttiva, in base alla quale, gli Stati membri devono provvedere affinché le piattaforme di lavoro digitali sorvegliino e, con la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori, effettuino regolarmente, e in ogni caso ogni due anni, una valutazione dell'impatto delle decisioni individuali prese o sostenute dai sistemi di monitoraggio o decisionali automatizzati sui lavoratori, incluso, laddove applicabile, sulle loro condizioni di lavoro e sulla parità di trattamento sul lavoro. In questo caso si prevede una vera e propria partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori, congiuntamente con il datore di lavoro, al processo di valutazione dell'impatto che il sistema di IA ha avuto sulle decisioni aziendali che hanno riguardato i lavoratori. Nella legislazione di recepimento si potrebbe prevedere la costituzione di comitati paritetici, composti da rappresentanti datoriali e sindacali, che analizzino congiuntamente i dati relativi alle decisioni assunte sulla base dei sistemi di IA e ne valutino l'impatto. Ciò consentirebbe al sindacato di emanciparsi dalla posizione passiva della mera informazione e di conquistare maggiori spazi nella negoziazione dell'algoritmo. Non è difficile immaginare, infatti che il sindacato, sulla base dei risultati della valutazione d'impatto, possa chiedere al datore di lavoro di apportare dei correttivi ai sistemi decisionali o di monitoraggio e mobilitare i lavoratori laddove tali modifiche non venissero

⁴⁷ Ivi inclusi i committenti nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. e di cui all'art. 2, comma 1, del D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

accolte. Richieste di modifica che, peraltro, trovano un fondamento già nella direttiva che prevede, laddove emerga un elevato rischio di discriminazione sul lavoro nell'uso di sistemi di monitoraggio o decisionali automatizzati o si rilevi che le decisioni individuali prese o sostenute da tali sistemi hanno violato i diritti di un lavoratore, l'obbligo della piattaforma di lavoro digitale di adottare le misure necessarie, compresa, se del caso, la modifica del sistema o la cessazione del suo utilizzo, al fine di evitare tali decisioni in futuro. Ebbene, il sindacato, coinvolto attivamente nel processo di valutazione, potrebbe pungolare il datore di lavoro sulla necessità di modificare il sistema o di cessarne l'utilizzo.

Infine, l'art. 13 della direttiva, rubricato "Informazione e consultazione", prevede che gli Stati membri provvedano affinché l'informazione e la consultazione, quali definite all'art. 2, lettere f) e g), della direttiva 2002/14/CE, dei rappresentanti dei lavoratori da parte delle piattaforme di lavoro digitali riguardino anche le decisioni che possono comportare l'introduzione di sistemi di monitoraggio o decisionali automatizzati o modifiche sostanziali al loro utilizzo, precisando che l'informazione e la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori sono effettuate secondo le stesse modalità relative all'esercizio dei diritti di informazione e consultazione previste dalla direttiva 2002/14/CE.

Ora, come noto, il D.lgs. 25/2007 che ha recepito in Italia la direttiva 2002/14/CE, ha previsto che l'informazione e la consultazione sindacale riguardino a) l'andamento recente e quello prevedibile dell'attività dell'impresa, nonché la sua situazione economica; b) la situazione, la struttura e l'andamento prevedibile dell'occupazione nella impresa, nonché, in caso di rischio per i livelli occupazionali, le relative misure di contrasto; c) le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro, dei contratti di lavoro.

Non è, dunque, peregrino ipotizzare che il legislatore italiano, nel recepire la direttiva, modifichi il D.lgs. 25/2007 aggiungendo alle predette ipotesi anche l'informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori da parte delle piattaforme di lavoro digitali sull'introduzione di sistemi di monitoraggio o decisionali automatizzati o modifiche sostanziali al loro utilizzo. Ciò determinerebbe un salto in avanti rispetto all'art. 1-bis perché si passerebbe dalla mera informazione alla consultazione, garantendo al sindacato nuovi spazi di negoziazione con il datore di lavoro. È pur vero che, se si procedesse in questo senso, dovrebbero essere poi i contratti collettivi a prevedere l'estensione dei diritti di informazione e consultazione anche a questa materia considerando che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, D.lgs. 25/2007, sono i contratti collettivi a definire le sedi, i tempi, i soggetti, le modalità ed i contenuti dei diritti di informazione e consultazione riconosciuti ai lavoratori. Ciò presenta, però, anche dei vantaggi perché i contratti collettivi potrebbero decidere, nell'ambito dell'autonomia negoziale, di porre l'obbligo di informazione e consultazione sull'utilizzo di sistemi di

monitoraggio o decisionali automatizzati non solo a carico delle piattaforme digitali ma della generalità dei datori di lavoro che intendono utilizzare tali strumenti.

La direttiva prevede anche che, nell'ambito delle procedure di informazione e consultazione, i rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali possano essere assistiti da un esperto di loro scelta il cui costo è a carico del datore di lavoro se la piattaforma conta più di 250 lavoratori nello Stato membro interessato.

5. Note conclusive e possibili scenari futuri.

Dalla breve disamina dei diritti di informazione collettivi introdotti dall'ordinamento eurounitario e italiano in materia di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati emerge che, allo stato, non viene riconosciuta al sindacato una vera partecipazione organizzativa nella costruzione e nell'utilizzo dei sistemi di IA applicati ai rapporti di lavoro. Tali diritti restano, infatti, legati a una logica di mera informazione senza nemmeno prevedere la consultazione dei sindacati. Emerge, tuttavia, che le disposizioni del regolamento potrebbero aprire a un nuovo protagonismo dei sindacati nella stesura di codici di condotta volontari con cui i datori di lavoro decidono di implementare un utilizzo dell'IA nei rapporti di lavoro basato sulla centralità dell'uomo e sulla tutela della dignità dei lavoratori. Inoltre, la direttiva potrebbe aprire la strada a una modifica del D.lgs. 25/2007 che disciplina i diritti di informazione e consultazione sindacale da cui potrebbe derivare un nuovo protagonismo della contrattazione collettiva nell'introduzione di ulteriori obblighi informativi e consultivi in tutti i casi di utilizzo o modifica di strumenti decisionali o di monitoraggio automatizzati.

Il sindacato potrebbe conquistare una maggiore centralità in questa materia anche se si facesse strada l'idea che tutti i sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati rientrano nel campo di applicazione dell'art. 4, comma 1, Stat. Lav⁴⁸. Seguendo tale ragionamento, infatti, i datori di lavoro potrebbero introdurre simili sistemi solo previo accordo collettivo stipulato dalla RSU o dalle RSA, passando dunque da un mero diritto di informazione a un vero e proprio obbligo di accordo.

48 Opinione condivisa da L. IMBERTI, *Intelligenza artificiale e sindacato*, cit., p. 200, secondo cui «tutti i sistemi di IA [...] rientrino – sempre e necessariamente – nell'alveo del comma 1 del “nuovo” art. 4, l. n. 300/197013, non potendo mai costituire dei meri strumenti di lavoro ai sensi del comma». Nello stesso senso si v. I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Labour & Law Issues*, 2016, n. 1, p. 24 secondo cui «è agevole includere nella categoria degli strumenti di lavoro il computer, la posta elettronica, l'accesso ad internet. Discorso diverso deve essere fatto per eventuali applicativi che siano installati sullo stesso computer e che, per esempio, consentano di monitorare momento per momento l'attività svolta, ma che non richiedano l'intervento del lavoratore o che comunque non sono necessari perché la prestazione sia utile al datore di lavoro. In tal caso, se l'installazione del computer non richiede l'autorizzazione preventiva, questa diviene necessaria per il software che è installato sul computer per soddisfare una delle esigenze enunciate dal primo comma dell'art. 4 S.L.».

Infine, anche a prescindere dalle novità contenute nei richiamati provvedimenti normativi, un nuovo protagonismo sindacale in questa materia potrebbe derivare da un rilancio delle pratiche partecipative all'interno della contrattazione collettiva, prendendo atto che la digitalizzazione ha un impatto tale sui rapporti di lavoro che deve necessariamente essere al centro dell'agenda di un moderno sistema di relazioni industriali⁴⁹.

Maggiori spazi partecipativi dei soggetti collettivi sui temi dell'IA nei processi di lavoro potrebbero derivare anche dall'eventuale approvazione, da parte del Parlamento, della proposta di legge n. 1573 d'iniziativa popolare «*La partecipazione al lavoro. Per una governance d'impresa partecipata dai lavoratori*», presentata il 27 novembre 2023⁵⁰, la quale introduce, seppure in modo particolarmente *soft* e non vincolante, la possibilità di introdurre nuove forme di partecipazione organizzativa⁵¹ e consultiva⁵² in azienda.

Di certo tutto ciò rappresenta anche una sfida per il sindacato che dovrà investire molto sulla formazione dei propri rappresentanti i quali, per svolgere al meglio la funzione di controllo, di assistenza o di vera e propria negoziazione, dovranno avere le competenze necessarie, trattandosi di informazioni estremamente tecniche e spesso di difficile comprensione e interpretazione. L'effettività di tali diritti passa, dunque, anche per la formazione dei rappresentanti sindacali.

I datori di lavoro, dal canto loro, potrebbero favorire il coinvolgimento del sindacato in sede negoziale riguardo alle pratiche di *management* algoritmico anche in chiave deflattiva del contenzioso giudiziale⁵³, nella consapevolezza che l'assenza di dialogo sindacale su questi temi spinge il sindacato ad avvalersi dei rimedi giudiziali sia in caso di negazione dell'esercizio dei

49 Eloquente in questo senso è il fatto che, nel giugno 2020, le parti sociali europee – Ces (Confederazione Europea dei Sindacati), BusinessEurope (Confederazione delle Imprese Europee), SMEunited (Associazione europea dell'artigianato, delle piccole e medie imprese), CEEP (associazione delle imprese o delle organizzazioni con partecipazione pubblica) abbiano sottoscritto un accordo quadro in tema di digitalizzazione. Cfr. A. ROTA, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in *Labour & Law Issues*, 2020, n. 2; M. DELFINO, *Lavoro mediante piattaforme digitali, dialogo sociale europeo e partecipazione sindacale*, in *Federalismi.it*, n. 25, p. 171

50 Per un primo commento, si v. A. RAFFI, *La partecipazione torna d'attualità*, in *Riv. giur. lav.*, 4, 2024, p. 633 ss.

51 Il riferimento è all'art. 7 della proposta di legge, che prevede la possibilità per le imprese di istituire commissioni paritetiche, composte in eguale numero da rappresentanti dell'impresa e dei lavoratori, finalizzate alla predisposizione di proposte di piani di miglioramento e di innovazione dei prodotti, dei processi produttivi, dei servizi e dell'organizzazione del lavoro.

52 Il richiamo è all'art. 9 della proposta di legge, in base al quale, nell'ambito di commissioni paritetiche, le RSU o le RSA o, in mancanza, i rappresentanti dei lavoratori e le strutture territoriali degli enti bilaterali di settore possono essere preventivamente consultati in merito alle scelte aziendali. La disposizione affida ai contratti collettivi la definizione della composizione delle commissioni paritetiche per la partecipazione consultiva nonché delle sedi, i tempi, le modalità e i contenuti della consultazione.

53 C. FALERI, *Prove di democrazia partecipativa per le rappresentanze dei lavoratori nella transizione digitale*, cit. p. 609.

diritti sindacali, sia in caso di incompletezza delle informazioni trasmesse dai soggetti che utilizzano i sistemi automatizzati da queste adottati, prevenendo così le già menzionate forme di *strategic litigation*.

In definitiva, seppure ancora in maniera timida ed embrionale, i recenti interventi normativi nazionali ed eurounitari sembrano sostenere l'esigenza di una transizione digitale socialmente sostenibile⁵⁴, nella quale il *management* algoritmico non resti prerogativa esclusiva del datore di lavoro ma diventi un terreno di confronto e di condivisione con il sindacato, chiamato a intervenire sulle modalità di utilizzo delle tecnologie digitali a tutela delle libertà dei lavoratori e delle condizioni di lavoro. Questa tendenza si inquadra, più in generale, in un rinnovato interesse, anche da parte del legislatore italiano, verso il tema della partecipazione dei lavoratori nell'impresa, che si esprime sia nelle recenti iniziative legislative in discussione in Parlamento⁵⁵, sia in una serie di provvedimenti normativi recenti dai quali trapela il *favor* del legislatore per un maggiore coinvolgimento organizzativo e consultivo dei lavoratori nell'impresa⁵⁶.

54 B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo «oltre» il manifesto*, in Centre for the Study of European Labour Law M. D'Antona, 2023; L. LAZZERONI, *Responsabilità sociale d'impresa 2.0 e sostenibilità digitale. Una lettura giuslavoristica*, Firenze University Press, Firenze, e USiena Press, Siena, p. 55

55 Cfr., *supra*, note n. 50, 51, 52.

56 Si v., ad esempio, la disposizione di cui all'art. 1, comma 189, della L. n. 208/2015 che prevede meccanismi di premialità incrementali con riferimento ai premi di risultato erogati ai dipendenti per le aziende che coinvolgono pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro. Il Decreto Interministeriale 25 marzo 2016, emanato dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze ha chiarito che le modalità di coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro devono realizzarsi attraverso un piano che stabilisca, a titolo esemplificativo, la costituzione di gruppi di lavoro nei quali operano responsabili aziendali e lavoratori finalizzati al miglioramento o all'innovazione di aree produttive o sistemi di produzione, e che prevedono strutture permanenti di consultazione e monitoraggio degli obiettivi da perseguire e delle risorse necessarie nonché la predisposizione di rapporti periodici che illustrino le attività svolte e i risultati raggiunti. Non costituiscono invece strumenti e modalità utili al fine dell'incremento del limite i gruppi di lavoro di semplice consultazione, addestramento o formazione.



LA PREVIDENZA COMPLEMENTARE NELL'ERA DELLE TRANSIZIONI

Marcella Miracolini *

Abstract [It]: Il contributo si propone di ragionare sulla capacità della previdenza complementare di affermarsi come strumento strategico per affrontare le sfide poste dalle profonde transizioni in atto (demografica, digitale, ambientale), che mettono a rischio la sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico. Attraverso un'analisi della normativa vigente, pur senza pretesa di offrire risposte esaustive, si avanzano alcune riflessioni sulle principali criticità e sulle possibili strategie di sviluppo della disciplina.

Abstract [En]: *The paper examines the role of supplementary pensions as a strategic instrument for addressing the challenges posed by the profound transitions currently underway (demographic, digital, and environmental), that threaten the long-term sustainability of the pension system. Through a critical analysis of the existing regulatory framework, it explores key weaknesses and potential development strategies, without claiming to provide exhaustive solutions.*

SOMMARIO: 1. La previdenza complementare nel contesto delle transizioni: osservazioni preliminari. - 2. L'inquadramento del "secondo pilastro" del sistema previdenziale nell'assetto costituzionale - 3. Le fragilità dell'attuale impianto normativo: qualche riflessione e qualche proposta *de iure condendo*. - 4. *Segue*. A proposito dei meccanismi di adesione tacita e del valore dell'informazione. - 5. Strategie flessibili tra sostenibilità ambientale, portabilità e opzioni di uscita. - 6. Considerazioni conclusive: il ruolo della contrattazione collettiva alla luce di alcune esperienze negoziali.

1. La previdenza complementare nel contesto delle transizioni: osservazioni preliminari

Negli ultimi tempi diverse circostanze hanno contribuito a rinnovare l'attenzione sul rilievo della previdenza complementare, quale "secondo" pilastro di un sistema di sicurezza sociale



preposto a «prendere in considerazione le necessità del futuro e predisporre i mezzi per soddisfarle»¹.

Tra queste, spicca senz'altro il dibattito che ha accompagnato l'adozione della legge di bilancio per l'anno 2025 (legge 30 dicembre 2024, n. 207) che, al di là degli esiti concreti, fornisce l'occasione per riflettere sui possibili sviluppi della disciplina previdenziale nell'attuale "stagione delle transizioni".

Invero, non è una novità che il tentativo di consolidare la funzione della previdenza complementare venga affidato a una legge di bilancio, con propositi spesso ambiziosi.

Anche stavolta, tuttavia, il risultato finale appare piuttosto ridimensionato: il provvedimento approvato dal Parlamento, infatti, si è limitato a recepire una sola delle previsioni del disegno di legge, mostrando – a una prima analisi – un impatto contenuto sull'assetto generale della materia, che invece, secondo un'opinione condivisa da molti studiosi, necessiterebbe di interventi più incisivi e sistematici.

Sia ben chiaro, la reiezione di alcune proposte inizialmente circolate lungo l'iter parlamentare non è sempre un male. Non ha trovato accoglimento, ad esempio, la proposta volta a riaprire un semestre per il conferimento automatico del t.f.r. maturando, per i lavoratori già in corso di rapporto, ai fondi di previdenza integrativa, sacrificando in parte il principio di libertà su cui si basa l'attuale normativa attraverso il metodo del "silenzio assenso" del lavoratore², già sperimentato nel 2007. Una previsione, quest'ultima che, se da un lato avrebbe potuto favorire un aumento delle adesioni ai fondi negoziali nel breve periodo, dall'altro – in assenza di correttivi (ad esempio, il recupero del t.f.r. pregresso) – non avrebbe dato garanzie di efficacia a lungo termine.

Per converso, la legge di bilancio per il 2025 ha introdotto una misura che agevola l'accesso al trattamento pensionistico contributivo anticipato, includendo i versamenti alla previdenza complementare e l'eventuale rendita vitalizia nel calcolo del cd. importo soglia, già innalzato dalla legge 30 dicembre 2023, n. 213 (cd. legge di bilancio 2024) e destinato a ulteriore incremento³.

Questo intervento consentirà di accedere alla pensione anticipata a quei lavoratori assunti successivamente al 1° gennaio 1996 (i cd. contributivi puri) che, soddisfatto il requisito anagrafico (pari a 64 anni), abbiano maturato altresì quello contributivo minimo di almeno 20 anni e il cui trattamento pensionistico raggiunga l'importo minimo mensile *ex art. 24*, commi 7 e 11, legge n. 214/2011, per determinare il quale è appunto possibile prendere in

¹ * *Ricercatrice di Diritto del lavoro dell'Università degli Studi di Palermo*

M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Cacucci, Bari, 2022, p. 11.

² Emendamento 28.6 a firma Rizzetto, di cui *infra* § 4.

³ Cfr. art. 1, comma 183, legge n. 207/2024, che prevede per i prossimi anni un progressivo incremento dei requisiti di anzianità contributiva nonché del valore dell'importo soglia.



considerazioni oggi anche i versamenti effettuati alla previdenza complementare, oltre a quelli corrisposti all'INPS⁴, in un'ottica di assimilazione delle prestazioni. Una misura a prima vista apprezzabile, dunque, ma che appare avulsa da una visione di sistema, la quale sarebbe invece necessaria per innescare un meccanismo virtuoso capace di rilanciare la previdenza complementare in un momento storico segnato da profonde dinamiche trasformative (demografiche, sociali, ma anche digitali e ambientali).

Come oramai sovente osservato, le transizioni stanno ridefinendo il panorama socio-economico, ponendo sfide senza precedenti alla sostenibilità, all'equità e all'efficacia del *welfare*: l'invecchiamento della popolazione, l'allungamento della carriera lavorativa e più in generale delle prospettive di vita, unitamente al calo dei tassi di natalità⁵, sollevano interrogativi sul futuro delle prestazioni pensionistiche delle nuove generazioni, con il rischio concreto di compromettere principi centrali, come quello della solidarietà e dell'equità intergenerazionale, cui devono ispirarsi le scelte del decisore pubblico⁶. E se quello demografico rappresenta senz'altro uno dei principali elementi strutturali di condizionamento del *welfare*, d'altro lato è altrettanto vero che sia la rivoluzione digitale (che genera forme atipiche di lavoro e accentua la discontinuità contributiva), sia la transizione ecologica (con il suo impatto sul mercato del lavoro e sulle dinamiche di redistribuzione delle risorse nel lungo periodo) sono non meno destinate a introdurre nuovi rischi per la sostenibilità dell'intero sistema⁷.

In questo complesso contesto la previdenza complementare, per certi versi investita di una di una sorta di funzione «salvifica»⁸, continua a non decollare pienamente. Ne sono prova i moniti provenienti dalla stessa Commissione di vigilanza sui fondi pensione (Covip), che da

4 Cfr. art. 1, comma 181, legge n. 207/2024, che introduce all'art. 24, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, il comma 7-bis, rinviando in ogni caso – nel successivo comma 182 – a un apposito decreto, da adottarsi da parte del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, per l'individuazione dei criteri di computo e delle modalità di certificazione della proiezione della rendita. Per una prima riflessione sulla recente approvazione della legge di bilancio v. P. SANDULLI, *Prime riflessioni sul secondo welfare nella legge di bilancio 2025*, 13 gennaio 2025, in *mefop.it*.

5 Le stime provengono da dati ufficiali resi noti dall'Istat che ha messo in evidenza un nuovo superamento al ribasso del record di denatalità, inserito in un *trend* di lungo corso: dagli inizi del 2000 si è registrata una riduzione sistematica annuale di circa 13mila unità di nuove nascite, corrispondente a un tasso di variazione medio annuo del 2,7%. Nel 2023 si è registrato un calo pari al 3,4% sull'anno precedente, proseguito nel 2024, visto che a luglio si registravano già 4.600 nati in meno rispetto allo stesso periodo del 2023. I dati sono consultabili sul sito istituzionale *istat.it*.

6 Sul punto si rinvia più diffusamente a O. BONARDI, *Il principio di solidarietà intergenerazionale tra diritto dell'ambiente e diritto alla sicurezza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, n. 3, p. 441 ss.

7 Si v. già qualche tempo fa V. FILÌ, *La sostenibilità del sistema pensionistico italiano tra equilibri ed equilibrismi*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 25 ss.

8 In questi termini G. ZAMPINI, *La previdenza complementare a trent'anni dalla riforma: luci e ombre*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2023, n. 1, p. 99.

tempo sollecitano l'adozione di interventi veramente riformatori capaci di ottimizzare il secondo pilastro, superando le fragilità che ne caratterizzano l'attuale struttura.

I dati forniti dall'autorità di vigilanza nella relazione annuale 2024 e relativi all'anno 2023⁹, integrati dalle statistiche aggiornate al terzo trimestre 2024, restituiscono un quadro articolato: essi mostrano in effetti progressi misurabili in termini di adesioni e consolidamento del sistema, ma evidenziano altresì persistenti criticità, suggerendo che margini di miglioramento sono certamente possibili, oltre che auspicabili.

In particolare, negli ultimi anni nel Paese si è registrato un lento ma costante aumento dei fondi, con 302 forme pensionistiche attive alla fine del 2023, suddivise tra 33 fondi negoziali, 40 fondi aperti, 68 piani individuali pensionistici (PIP) e 161 fondi preesistenti. Inoltre, per ciascuna forma è stato confermato anche un *trend* in crescita delle iscrizioni, dopo una brusca battuta d'arresto durante la fase più acuta dell'emergenza pandemica, con ulteriori incrementi tra la fine del dicembre 2023 e settembre 2024.

D'altra parte, però, un'attenta scomposizione delle stime rivela *deficit* persistenti. In primo luogo l'aumento degli iscritti non è riconducibile sempre a una scelta consapevole da parte dei lavoratori, visto che, per un verso, essa è talvolta dovuta al meccanismo dell'adesione contrattuale che – in base alle previsioni dei contratti collettivi – comporta l'iscrizione automatica al fondo di riferimento per effetto del versamento di un contributo a carico del solo datore di lavoro; per altro verso, dipende dalle iscrizioni nel settore del pubblico impiego per effetto del silenzio assenso introdotto per i lavoratori assunti dal 2019¹⁰. Ciò spiega anche come mai, tra gli iscritti, è poi particolarmente elevata la quota di coloro i quali non effettuano nel corso della carriera lavorativa versamenti volontari ulteriori, manifestando una certa difficoltà nel trasformare l'adesione contrattuale in un assenso pieno.

In secondo luogo la composizione degli aderenti ai fondi, siano essi chiusi o aperti, presenta marcate disuguaglianze di genere, di età e di territorio: si registra un netto sbilanciamento a svantaggio delle donne (solo 38,3% sul totale), dei giovani (con solo il 19,3% di iscritti ai fondi al di sotto dei 35 anni) e dei lavoratori di aree geografiche del meridione (il 57,1% degli iscritti totali ha residenza nelle regioni del nord Italia, mentre nelle regioni meridionali il tasso di partecipazione si colloca ben al di sotto della media nazionale)¹¹. E simili divari si osservano

⁹ I dati e le relazioni sono liberamente accessibili nella sezione “Pubblicazioni e statistiche/Relazioni annuali” del sito istituzionale *covip.it*.

¹⁰ La presente analisi si concentra sulla disciplina riguardante i lavoratori del settore privato, tenuto conto che le specificità e le coeve criticità, che caratterizzano la regolamentazione applicabile ai dipendenti del settore pubblico, richiedono un altrettanto mirato approfondimento.

¹¹ Quella della “divisione” di un Paese che corre a due velocità, con preoccupanti divari in termini di opportunità di lavoro e di sviluppo del Mezzogiorno, è questione aperta e da tempo oggetto di approfondimento nella materia. V. già, ad esempio, la ricerca in A. GARILLI-A. BELLAVISTA, *Mezzogiorno sviluppo lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012.

anche quando si passa ad analizzare l'entità dei versamenti alle forme pensionistiche¹², come confermato dalle indagini – anch'esse periodiche – condotte da Mefop (la società per lo sviluppo del Mercato dei Fondi Pensione), istituita ormai venticinque anni orsono dal Ministero dell'Economia e delle Finanze in una prospettiva di supporto del sistema di *welfare* privato¹³.

La previdenza complementare, dunque, sconta resistenze che ne riducono la capacità di integrarsi con quella pubblica e di rispondere efficacemente alle sfide contemporanee, assolvendo al ruolo strategico di laboratorio per la sperimentazione di modelli di protezione sociale flessibili, personalizzati e orientati a una maggiore inclusività, che da sempre si auspica essa possa rivestire. L'idea è, infatti, che siffatti modelli possano contribuire a garantire sostenibilità finanziaria e adeguatezza delle prestazioni. Tuttavia, è indubbio che interventi legislativi, come quelli introdotti dall'ultima legge di bilancio, pur ispirati a una logica di sostegno del percorso della previdenza obbligatoria, si rilevano del tutto insufficienti rispetto all'obiettivo finale di una maggiore stabilità sociale in un'ottica di lungo periodo.

2. L'inquadramento del “secondo pilastro” del sistema previdenziale nell'assetto costituzionale

Secondo un indirizzo oramai consolidato, la previdenza complementare non costituisce una mera alternativa al sistema pubblico, ma si pone in rapporto di integrazione funzionale con esso. Questa ricostruzione, com'è noto, trova fondamento nell'assetto costituzionale che, nel prefigurare un modello “aperto” di protezione sociale¹⁴, consentirebbe un'interazione

12 I contributi annuali versati dalle donne sono inferiori del 16% circa rispetto a quelli versati dagli uomini; i giovani tra 25 e 34 anni hanno una contribuzione pro capite inferiore del 38% rispetto a quella delle fasce di età centrali. Infine, le contribuzioni sono più elevate nelle regioni del nord Italia, in alcuni casi con versamenti pari al doppio rispetto a molte regioni del Mezzogiorno. Tali dati sono riportati nel Bollettino Covip n. 2 del 2024, del 12 novembre 2024 (cfr. sezione “Pubblicazioni e statistiche/Bollettini Covip” del sito istituzionale covip.it).

13 Mefop S.p.A. è la società per azioni, costituita nel 1999 in attuazione dell'art. 59, comma 31, legge 27 dicembre 1997, n. 449, di cui il MEF detiene la maggioranza assoluta. Con la partecipazione di fondi pensione, casse di previdenza e fondi sanitari, essa ha per oggetto sociale l'attività di formazione, studio, assistenza e promozione in materie attinenti alla previdenza complementare. Nell'ambito di tale attività, si occupa anche di monitoraggio e di raccolta di dati statistici. L'ultimo bollettino pubblicato (il n. 93) fotografa la situazione della previdenza complementare in Italia al 30 giugno 2024; cfr. il bollettino reperibile sul sito mefop.it.

14 Già M. CINELLI, *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, I, p. 156 ss.; V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1972, p. 11 ss.; P. OLIVELLI, *La Costituzione e la sicurezza sociale. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1989. Secondo G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Cedam, Padova, 2004, p. 13 ss., l'art. 38 Cost. sarebbe una «norma aperta», che ai primi due commi indica gli obiettivi che il legislatore ordinario deve perseguire. Sul punto già, ad esempio, Corte cost., 2 marzo 1991, n. 100, in *Giur. cost.*, 1991, I, p. 1116 ss.; Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 17, in *Giur. cost.*, 1995, I, p. 875 ss.

sinergica tra intervento pubblico e privato per il perseguimento del fine ultimo di “liberazione dal bisogno”.

È vero che l’articolazione del sistema previdenziale è distinta in “sottoinsiemi”, la cui autonomia strutturale e regolamentare è confermata dal differenziato riparto di competenze sancito dall’art. 117 Cost., che assegna allo Stato la competenza legislativa esclusiva sul sistema pubblico (comma 2) e alle Regioni quella concorrente sul sistema privato (comma 3)¹⁵. Senonché le due componenti sono destinate a ricomporsi in ragione delle funzioni e degli interessi perseguiti¹⁶, atteso che il “secondo pilastro” del sistema previdenziale non si limita alla tutela di interessi esclusivamente privati, ma contribuisce ad assolvere la funzione sociale indicata dall’art. 38, comma 2, Cost., vale a dire quella di garantire ai lavoratori «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita» nei casi di vecchiaia, invalidità o disoccupazione involontaria in una prospettiva sintonica con i principi fondamentali di solidarietà e di uguaglianza di cui agli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.

In estrema sintesi, pur conservando natura privatistica e fruizione libera e facoltativa, la previdenza complementare partecipa alla soddisfazione di interessi generali, fungendo da strumento complementare per la realizzazione della garanzia costituzionale di protezione sociale¹⁷.

Emblematica in tal senso è la nota sentenza n. 393 del 2000¹⁸, con cui la Consulta, fugando i dubbi circa la legittimità della normativa vincolistica in materia di prestazioni erogabili dai fondi di previdenza complementare, ha confermato l’esistenza di un nesso strutturale e funzionale tra i due pilastri del sistema di *welfare* pensionistico¹⁹.

15 G. PROIA, *Sussidiarietà e previdenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, n. 6, p. 1567 ss.; M. CINELLI, *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2005, n. 63, p. 14 ss.; G. CIOCCA, *Il sistema previdenziale nel federalismo*, in A. DI STASI (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 317 ss.

16 M. GAMBACCIANI, *Funzione e sviluppo attuale della previdenza complementare*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, n. 4, p. 874 ss.

17 In dottrina, tra gli altri, già R. PESSI, *La previdenza complementare*, Cedam, Padova, 1999, p. 10 ss.; P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, vol. XI, Giappichelli, Torino, 1995, p. 253 ss.

18 Corte cost., 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 965 ss., con nota di R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*. Ma già prima Corte cost., 8 settembre 1995, n. 421, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 7 ss., con nota di G. PERA, *Fondi pensionistici integrativi e contribuzione previdenziale*, che, nel riconoscere a quelli datoriali, a favore della previdenza integrativa, la natura di contributi «strutturalmente di natura previdenziale» a partire dalla novella legislativa di cui alla legge n. 93/1992, faceva spazio al pieno inserimento di essa «nel sistema dell’art. 38 Cost.».

19 Tali approdi non sono stati messi in dubbio nemmeno di recente, sebbene la Corte non abbia mancato di rivolgere un invito al legislatore a «una più attenta sistemazione [...] della materia, assai rilevante sul piano delle attese sinergie fra mutualità volontaria e regime pensionistico pubblico, così da risolvere le aporie che pur emergono», Corte cost., 15 luglio 2021, n. 154, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, n. 4, p. 819 ss. e su cui si v. P. SANDULLI, *Legittimazione ad agire del fondo pensione fra interpretazione adeguatrice ed inerzia legislativa*, cit., p. 747 ss.



Secondo il Giudice delle leggi, il programma di tutela delineato dall'art. 38, comma 2, Cost. può trovare realizzazione anche tramite iniziative private e volontarie previste dal comma 5 della medesima disposizione, in un'ottica rivolta a valorizzare il pluralismo delle fonti di tutela²⁰. Fonti che vanno ritenute tra loro fungibili nella misura in cui concorrono alla garanzia costituzionale di mezzi adeguati alle esigenze di vita. Alla rigidità degli scopi si contrappone perciò una flessibilità nei mezzi, lasciando spazio all'intervento di componenti ulteriori e private capaci di adeguarsi al dinamismo della realtà sociale, ove lo Stato, pur mantenendo la sua essenziale funzione, non sia in grado di soddisfare nel complesso il bisogno di tutela²¹, anche in considerazione dei vincoli finanziari cui lo stesso è assoggettato²².

D'altronde, «mezzi adeguati» non significa essenziali: non si tratta cioè di individuare risorse destinate a soddisfare i bisogni elementari e vitali della persona, bensì di apprestare mezzi che assicurano un livello di garanzia superiore al minimo esistenziale²³, sulla base di

20 Con la sentenza Corte cost., 16 maggio 2002, n. 1985, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1582 ss., la Consulta – chiamata a vagliare la legittimità dell'art. 16, d.p.r. 31 dicembre 1971, n. 1420, e dell'art. 16, legge 2 agosto 1990, n. 233, nella parte in cui non consentivano la totalizzazione ai fini della misura della pensione dei contributi versati all'ENPALS con quelli versati alla gestione speciale commercianti presso l'INPS – ha chiarito che l'adozione dello strumento della totalizzazione rientra nella discrezionalità del legislatore, il quale può scegliere come perseguire «il principio costituzionale della adeguatezza della prestazione pensionistica», tant'è che nell'ordinamento esso è comunque soddisfatto dalla presenza di uno strumento «costituito dalla pensione supplementare, idoneo ad assicurare – all'atto del pensionamento – l'utilizzo di tutti i periodi, anche brevi, coperti da contribuzione», consacrando pertanto la piena fungibilità degli strumenti. Per una più approfondita disamina si v. R. PESSI, *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, n. 3, p. 514 ss.; prima G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, n. 1, p. 313 ss.

21 M. CINELLI, «Pubblico», «privato» e Costituzione nelle attuali dinamiche della previdenza, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, n. 3, p. 402 ss.

22 S. BELLOMO, *Tutela costituzionale dei diritti previdenziali e retributivi e riforma dell'art. 81 della Costituzione*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, n. 2, p. 263 ss., sul raffronto tra vincoli di bilancio e diritti sociali, con un focus sull'approccio della Consulta al tema, su cui prima M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari, 2013. Di recente anche M. CINELLI, *Per una rivisitazione delle coordinate costituzionali della previdenza sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, I, p. 421 ss. ha messo in evidenza come l'art. 38 Cost. fornisca un obiettivo ed è il legislatore a diventare arbitro nell'individuazione delle modalità per la sua soddisfazione, condizionato in questo compito vuoi da uno stock di risorse da destinare alla spesa sociale, vuoi dalla necessità di rispettare il principio di sostenibilità finanziaria ex art. 81 Cost. Sul riconoscimento dei diritti sociali “condizionato” dal contesto e dall'andamento economico-finanziario cfr., ancora, M. ESPOSITO-G. DELLA PIETRA (a cura di), *L'accesso alla sicurezza sociale. Diritti soggettivi e tutele processuali*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 15 ss.

23 Sul concetto di adeguatezza quale livello costituzionalmente dovuto dei trattamenti di previdenza il dibattito è sconfinato, configurandosi come parametro estremamente complesso, stante l'oggettiva relatività tanto del criterio di misura quanto del referente ovvero le esigenze di vita (in questi termini A. M. BATTISTI, *L'«adeguatezza» della prestazione tra Costituzione e riforme legislative*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, n. 2, p. 309 ss.). Sulla questione, inevitabile il rinvio a M. PERSIANI, *Commento all'art. 38, Rapporti economici*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, tomo I, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 232 ss. Di recente, tra gli altri, G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2021, n. 4, p. 765 ss.; R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*,

standards che tengano conto, ad esempio, dei livelli retributivi conseguiti nel corso dell'attività lavorativa, se non in termini di integrale corrispondenza, perlomeno di «commisurazione»²⁴. Insomma la previdenza privata contribuisce ad assicurare “più di quel minimo necessario per sé stesso e per la propria famiglia” secondo la classica lettura *beveridgiana*²⁵. Sicché è trattandosi di bisogni, costituzionalmente rilevanti ma non essenziali, che non v'è ragione di escludere che essi possano essere soddisfatti anche tramite interventi affidati all'iniziativa privata²⁶, e persino basati sulla combinazione di prestazioni economiche e servizi (cd. *welfare mix*)²⁷, come già sperimentato in settori come la sanità e l'assistenza sociale, che beneficiano dell'apporto partecipativo degli enti del Terzo settore²⁸.

L'intervento privato va dunque pensato non in funzione sostitutiva dei doveri di solidarietà dello Stato, ma in una logica di integrazione dell'intervento pubblico, strumentale all'innalzamento dei livelli di tutela²⁹.

Invero, va comunque dato atto che la solidità delle posizioni assunte anche dalla Corte Costituzionale non è bastata negli anni a convincere chi, pur riconoscendo una stretta connessione tra previdenza pubblica e privata, ne esclude tutt'ora una vera e propria assimilazione. Quest'ultima sarebbe ostacolata da un'ontologica diversità delle funzioni attribuibili alle due forme di intervento: solo la prima sarebbe chiamata a soddisfare in modo diretto e immediato un interesse pubblico generale, attraverso prestazioni indispensabili,

in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, p. 661 ss.; E. ALES, *Il diritto dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia discrezionalità del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, n. 3, p. 521 ss.; L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, in *Dir. merc. lav.*, 2017, n. 3, p. 557 ss.

24 Sul rapporto tra gli artt. 38 e 36 Cost. è dovuto il rinvio a Corte cost., 30 aprile 2015, n. 70, rispetto alla quale si v. i contributi nel volume monotematico M. BARBIERI-M. D'ONGHIA (a cura di), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2015, p. 4 ss.; ma anche M. FAIOLI, *Il costo dei diritti previdenziali tra sostenibilità finanziaria ed equilibrio intergenerazionale*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, n. 1, p. 128 ss.; D. GAROFALO, *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al D.L. n. 65 del 2015*, in *Lav. giur.*, 2015, n. 7, p. 691 ss.; nonché le successive pronunce Corte cost., 3 luglio 2016, n. 173, in *Dir. prat. lav.*, 2016, n. 29, p. 1817 ss.; Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 259, in *Foro it.*, 2018, n. 1, p. 434 ss.

25 Cfr. M. GAMBACCIANI, *Funzione e sviluppo attuale della previdenza complementare*, cit., p. 887 ss. sui due distinti livelli dell'adeguatezza (essenziale e non essenziale).

26 ID., *L'evoluzione della previdenza sociale tra previdenza complementare e trattamento di fine rapporto*, Jovene, Napoli, 2011, p. 267 ss. Si precisa che M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, cit., p. 1094 ss. identifica, invece, i mezzi adeguati con i mezzi essenziali.

27 G. SIGILLÒ MASSARA, *L'insostenibile tensione verso il welfare mix, tra fondi di solidarietà bilaterali e previdenza complementare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, n. 3, p. 481 ss.

28 V. FILÌ, *Il ruolo del welfare privato nel sistema di sicurezza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, n. 4, p. 595 ss. Sul ruolo e sulle azioni del Terzo settore v. A. RICCOBONO, *Diritto del lavoro e Terzo settore. Occupazione e welfare partenariale dopo il d.lgs. n. 117/2017*, ESI, Napoli, 2020; ma anche A. DI STASI, M. AGLIATA, *Il "Terzo Settore" e il benessere aziendale*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2020, n. 1, p. 221 ss.; D. GAROFALO, *Il lavoro nel terzo settore*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 91 ss.

29 A. DI STASI, *Processo di universalizzazione degli ammortizzatori sociali e principi costituzionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, n. 3, p. 561 ss.

mentre la seconda sarebbe chiamata a realizzare interessi privati, individuali e collettivi, ma in ogni caso diversi da quelli pubblici su cui si erge il sistema di sicurezza sociale, tanto da essere rimessi a scelte individuali³⁰.

Pur tuttavia la tesi che colloca la previdenza complementare nel quadro funzionale dell'art. 38, comma 2, Cost., sul presupposto della condivisione del comune obiettivo della liberazione dal bisogno, ha trovato molteplici conferme nei prevalenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, ma anche sul piano legislativo.

A livello sovranazionale la dimensione sociale della previdenza complementare viene valorizzata per la sua propensione ad alleggerire la pressione sui sistemi pubblici, ma soprattutto come strumento di garanzia integrativa di questi ultimi³¹.

Allo stesso modo, a livello nazionale, già il d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124 aveva assegnato alla previdenza complementare il compito di perseguire obiettivi assistenziali, in sinergia (e non in termini di mera alternativa) con quella di base obbligatoria, sì da legare pubblico e privato all'interno di un unico circuito solidaristico.

Su tali premesse si sono fondati gli interventi normativi successivi, che, tenuto conto della migrazione al metodo contributivo³², hanno puntato alla predisposizione di un "modello multi-pilastro" che si sviluppa su un doppio livello di tutela, uno dei quali a capitalizzazione

30 M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, cit., 13 ss., che si era già espresso in questi termini in ID., *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 2, p. 201 ss., confermando nel tempo la propria posizione. Ma così anche G. PROIA, *La Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, n. 2, p. 173 ss., come confermato in ID., *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare (note in margine a un recente convegno)*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, n. 5, p. 115 ss. In tempi più risalenti, V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza*, cit., p. 935 ss.

31 Con il Libro Verde sui regimi pensionistici integrativi sul mercato unico del 10 giugno 1997, la Commissione Europea auspicava l'introduzione di «fonti alternative che possono contribuire, con prestazioni integrative, al mantenimento del livello di reddito dopo il pensionamento», il cui primo passo è stato affidato alla cd. direttiva IORP (direttiva 2003/41/UE del 3 giugno 2003 relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali). È seguita la direttiva 2014/50/UE del 16 aprile 2014, sui requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori migliorando la salvaguardia di diritti pensionistici complementari, su cui v. M. SQUEGLIA, *Prime osservazioni sulla nuova direttiva europea sull'acquisizione e salvaguardia dei diritti pensionistici complementari*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, n. 3, p. 874 ss.; e più di recente la direttiva 2016/2341/UE del 14 dicembre 2016 relativa alle attività e alla vigilanza degli enti pensionistici aziendali o professionali (cd. IOPR II), che parla della previdenza complementare come «preziosa integrazione dei sistemi pensionistici della sicurezza sociale». Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea dal suo canto si è da tempo espressa in ordine alla fungibilità degli strumenti previdenziali, ad esempio con Corte giust., 25 gennaio 2007, C-278/05, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 725 ss., con nota di A. SGROI, *Obblighi del legislatore nazionale per la tutela di posizioni di previdenza complementare a seguito di inadempimento del datore di lavoro insolvente*. Per una disamina delle tutele del diritto alla previdenza complementare eurounitaria v. M. SQUEGLIA, *Tra tutela dei diritti previdenziali nel mercato e tutela (dei diritti previdenziali) dal mercato*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2023, n. 2, p. 549 ss.; sebbene meno recente, cfr. anche S. GIUBBONI, *Coordinamento europeo della sicurezza sociale e regimi di previdenza complementare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, n. 2, p. 193 ss.

32 Originariamente introdotto dalla legge 8 agosto 1995, n. 335 e definitivamente attuato dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, su cui *ex multis* P. SANDULLI, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, n. 1, p. 1 ss.



(il calcolo dell'importo della pensione complementare avviene secondo lo schema della "contribuzione definita" a capitalizzazione individuale)³³, sostenuto da agevolazioni fiscali e organizzato su forme pensionistiche collettive e individuali (fondi chiusi o negoziali, fondi aperti e piani individuali di previdenza), in una logica di compenetrazione tra la sfera dell'autonomia (privata e anche collettiva)³⁴ e i meccanismi di regolazione statale. Anche gli approdi più recenti si inseriscono in questo più generale impianto sistemico.

3. Le fragilità dell'attuale impianto normativo: qualche riflessione e qualche proposta *de iure condendo*

A questo punto, il nodo cruciale consiste nell'indagare se l'impianto normativo, che trova oggi la sua base giuridica nel d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 (cd. testo unico della previdenza complementare), con le successive modifiche e integrazioni, risulti effettivamente coerente rispetto all'obiettivo finale di promozione della solidarietà sociale di cui è investito il sistema di *welfare* nel suo complesso.

In particolare, l'interrogativo si articola attorno alla capacità della previdenza complementare di consolidarsi come strumento strategico per rispondere alle sfide poste da un contesto di transizioni profonde e complesse, che minacciano la sostenibilità a lungo termine del modello attuale.

In questa prospettiva, pur senza pretesa di offrire risposte esaustive, è possibile avanzare alcune riflessioni che, considerate le criticità più rilevanti, si propongono di mettere in evidenza talune possibili strategie di sviluppo dell'attuale disciplina, anche in chiave *de jure condendo*.

Per comodità tale analisi può essere articolata seguendo le tre fasi principali che caratterizzano tipicamente il "ciclo vitale" di qualunque rapporto di previdenza complementare: l'adesione, la gestione *in itinere* e l'uscita.

La prima fase, quella genetica del rapporto, è strettamente legata alla natura «libera e volontaria» dell'adesione, come sancito dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 252/2005. Il lavoratore, infatti, conserva la facoltà di scegliere se e quando aderire ai fondi pensionistici, secondo le

33 Al riguardo sono interessanti le stime sui tassi di sostituzione della previdenza obbligatoria e complementare elaborati dalla Ragioneria Generale dello Stato, presi in considerazione nel periodico Rapporto prodotto dal MEF sulle "Tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e socio-sanitario" che, al fine di restituire previsioni sulla spesa pensionistica, tiene conto dei possibili scenari macroeconomici e demografici nonché dei possibili effetti degli interventi in materia. L'ultimo rapporto, il n. 25, è del giugno 2024 (cfr. rgs.mef.gov.it).

34 Si rinvia ad alcuni contributi sul tema, tra cui A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in A. TURSI (diretto da), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 537 ss.; S. GIUBBONI, *Fonti istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, in M. CINELLI (a cura di), *La previdenza complementare*, in P. SCHLESINGER (fondato da), *Cod. civ. comm.*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 160 ss.

modalità previste dagli statuti degli stessi (art. 4, comma 5, d.lgs. n. 252/2005), quand'anche l'iscrizione avvenga in maniera "automatica", come si verifica talvolta per i fondi negoziali. In questo caso l'accesso alla forma previdenziale rimane subordinato alla mancata manifestazione di un dissenso individuale, con la conseguenza che, in assenza di una rinuncia esplicita, il lavoratore viene iscritto con devoluzione del t.f.r. maturando.

Sul punto è bene notare però che, nonostante a livello nazionale negli ultimi tempi si sia registrato un regolare incremento delle iscrizioni ai fondi previdenziali complementari, il tasso di partecipazione complessivo rimane nella sostanza insoddisfacente, essendo penalizzato da diversi fattori che incidono in maniera diretta o indiretta sulla scelta individuale di aderire a una forma pensionistica privata.

Le ragioni sono molteplici: in primo luogo, in un contesto di *shock* demografico negativo, di invecchiamento della popolazione generale e, più specificamente, della forza lavoro, i lavoratori più prossimi all'età pensionabile sono disincentivati ad aderire a forme previdenziali ulteriori, considerando l'orizzonte temporale ristretto per l'accumulo di rendite, verosimilmente percepite come non convenienti³⁵. Senza considerare, poi, che l'allungamento degli anni di vita e la contrazione della popolazione attiva, oltre a comportare l'estensione dei piani di accumulo previdenziale, può generare effetti sull'equilibrio finanziario del sistema a capitalizzazione, con la conseguenza di produrre costi di gestione più elevati (e perciò disincentivanti), dovuti al fatto che il prezzo delle attività risente del numero di minori acquirenti con effetti sull'ammontare di risorse disponibili.

A ciò si aggiunge, in ogni caso, un'instabilità economica di fondo oramai dilagante. È indubbio, infatti, che i bassi livelli retributivi nel Paese rendono difficile la scelta di optare per l'accantonamento di risorse valevoli per il futuro, che nel frattempo vengono sottratte al presente: a fronte di redditi stagnanti, quando non addirittura in regressione, il risparmio previdenziale viene percepito come una posta sacrificabile in favore di esigenze più immediate.

Parallelamente, i tassi di adesione a forme private di *welfare* pensionistico risentono degli effetti della discontinuità lavorativa, i quali derivano non solo dal diffuso ricorso a tipologie di rapporti precari, ma anche da alcune caratteristiche strutturali del mercato del lavoro contemporaneo. L'avanzamento dei fenomeni di digitalizzazione e il mutamento dei processi produttivi hanno favorito la diffusione di modelli lavorativi del tutto nuovi³⁶: si discute, ad

³⁵ Di recente v. A.M. BATTISTI, *Fattore demografico e misure per il lavoro*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 2 ss.

³⁶ Pur senza entrare nel merito si pensi emblematicamente alla questione del "vuoto" di tutela previdenziale che caratterizza la posizione dei collaboratori etero-organizzati. V. M. SQUEGLIA, *Sulla tutela previdenziale dei collaboratori etero-organizzati e dei riders autonomi. A proposito delle due sentenze di Milano*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, n. 1, p. 111 ss.; G. LUDOVICO-A. TURSI, *La tutela previdenziale dei rider*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2024, n. 1, p. 21 ss.

esempio, del contenuto di una circolare con cui l'INPS dovrà individuare i criteri generali e gli obblighi contributivi per la categoria dei lavoratori che “creano contenuti sulle piattaforme digitali”. Ma i cambiamenti hanno anche impattato sul ricorso a modelli alternativi al contratto di lavoro subordinato *standard*, complicando ulteriormente la pianificazione previdenziale, soprattutto per alcune categorie di lavoratori. Tra di esse, i giovani rappresentano senz'altro un segmento particolarmente esposto, come confermato dalle stime Covip. Al loro ingresso nel mercato del lavoro, essi sono generalmente destinatari di contratti flessibili³⁷, che generano un duplice svantaggio: da un lato una condizione economico reddituale precaria; dall'altro, l'assenza di continuità lavorativa, che compromette l'aspirazione ad accumulare un risparmio regolare.

Analogo impatto si riscontra, infine, sulle carriere lavorative femminili, che risultano frammentate anche a causa delle interruzioni legate alla maternità e, in misura maggiore rispetto agli uomini, alle attività di cura familiare³⁸. Se questi fattori si sommano al frequente ricorso a forme di lavoro flessibili, come il contratto di lavoro *part time*, spesso di natura involontaria³⁹, e al persistente divario retributivo di genere⁴⁰, non stupiscono i dati forniti di recente dall'INPS, che confermano lo scarto differenziale di genere in termini di redditi pensionistici e finanche la difficoltà per le donne di maturare i requisiti contributivi necessari ad accedere a un pensionamento anticipato⁴¹.

37 V., tra gli altri, P. BOZZAO, *La tutela previdenziale nel c.d. lavoro flessibile*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, Utet, Torino, p. 2298 ss.

38 A titolo esemplificativo si pensi all'ipotesi di cui all'art. 4, comma 2, legge 8 marzo 2000, n. 53, con la quale si prevede che, a fronte di gravi e documentati motivi familiari, ai dipendenti spetta un periodo di congedo continuativo o frazionato non superiore a due anni, non computato però né nell'anzianità di servizio, né ai fini previdenziali, con la conseguenza che l'accesso alla previdenza volontaria rappresenta l'unica via per supplire alla mancanza di copertura. V. A. GABRIELE, *Contratto di lavoro e diritto al tempo per la cura*, ESI, Napoli, 2024, p. 245 ss.

39 Il Rapporto annuale su mercato del lavoro e politiche di genere 2024, pubblicato dall'INAPP nel dicembre 2024, conferma tali considerazioni. In particolare, con riferimento al primo semestre 2024, nel contesto di un leggero aumento delle assunzioni femminili, esso rileva che quasi la metà sono a tempo parziale (49,2%, contro il dato parallelo per gli uomini del 27,3%). Inoltre, anche rispetto ai contratti “doppiamente deboli”, ovvero *part time* a tempo determinato, si registra una netta prevalenza di quota femminile (il 64,5% di tali contratti è stipulato da lavoratrici). Infine, nel Rapporto si evidenzia il marcato e persistente squilibrio dei carichi di cura: i congedi parentali sono richiesti nell'80% dei casi da lavoratrici (cfr. *inapp.gov.it*).

40 Metteva già in evidenza la rilevanza della questione di genere rispetto alla materia e le sue implicazioni P. BOZZAO, *La questione di genere nella protezione sociale del lavoro discontinuo*, in *Lav. dir.*, 2010, n. 3, p. 399 ss.; inoltre v. O. BONARDI, *Non è un Paese per vecchie. La riforma della pensione e i suoi effetti di genere*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, n. 3, p. 513 ss. Di recente V. FILÌ, *Brevi riflessioni su differenziale di genere e discriminazioni indirette nel sistema italiano di sicurezza sociale*, in *Equal*, 2024, n. 2, p. 45 ss.

41 Cfr. INPS, *Analisi dei divari di genere nel mercato del lavoro e nel sistema previdenziale attraverso i dati INPS*, 2024, in *inps.it* (sezione “Studi e analisi – 2024”).



Ciò spiega la scelta di queste ampie fasce di lavoratori, evidentemente più vulnerabili, di non sostenere il peso finanziario di una contribuzione continuativa parallela e ulteriore a quella obbligatoria per un orizzonte temporale di medio-lungo periodo.

In questo contesto, se non si può pensare di eliminare le barriere strutturali che ostacolano il pieno sviluppo alla previdenza complementare senza interventi di ben più ampia portata sul mercato del lavoro, è forse possibile cercare i correttivi più idonei a promuovere una partecipazione diffusa al secondo pilastro previdenziale.

Al riguardo, una delle leve tradizionalmente adottate dal legislatore per incentivare l'accesso alla previdenza privata è stata quella fiscale.

La normativa vigente prevede già una serie di misure volte a stimolare l'adesione ai fondi pensione attraverso il riconoscimento di agevolazioni specifiche, come la deducibilità dei contributi versati, la tassazione agevolata dei rendimenti e un regime fiscale favorevole al momento della prestazione. In particolare, l'art. 10, comma 1, lett. e-bis), t.u.i.r. (d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917) include tra gli oneri deducibili dal reddito complessivo i contributi versati dal lavoratore e dal datore di lavoro o committente – siano essi volontari o dovuti in base a contratti collettivi – entro il limite annuo di euro 5.164,57, come previsto dall'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 252/2005, compresi i contributi versati per i familiari fiscalmente a carico ex art. 12 t.u.i.r. La deduzione dal reddito complessivo è riconosciuta a qualunque tipologia di contribuzione versata a un fondo pensione, con la conseguenza che non solo il risparmio previdenziale conferito a esso non concorre a formare il reddito imponibile del lavoratore, ma è anche consentito il recupero fiscale delle somme, portando in deduzione quanto versato, entro il limite predetto.

Nel tempo poi il quadro normativo si è arricchito di ulteriori incentivi, come quelli introdotti dalla legge di stabilità 2016 (art. 1, commi 182-190, legge 28 dicembre 2015, n. 208), poi modificata dall'art. 55, d.l. 24 aprile 2017, n. 50 e dall'art. 1, commi 28 e 161, legge 27 dicembre 2017, n. 205, che ha consentito ai lavoratori di destinare i premi di risultato alla previdenza complementare, ottenendo il vantaggio dell'ampliamento del *plafond* di deducibilità del reddito complessivo dichiarato (euro 9.164, 27 a fronte della soglia di deducibilità normalmente fissata in euro 5.164, 57) e riconoscendo l'esenzione delle somme in oggetto anche in fase di erogazione della prestazione⁴².

Resta il fatto, però, che siffatte operazioni garantiscono vantaggi sulla leva fiscale soprattutto per i lavoratori con contratti stabili e carriere lineari; v'è dunque da chiedersi se non sia opportuno valutare interventi di agevolazione che, a fronte di carriere discontinue, caratterizzate da alternanza di fasi di occupazione e di inattività, favoriscano una maggiore

42 G. ROCCO, *Premi di risultato e previdenza complementare*, in *Dir. prat. lav.*, 2024, n. 31, p. 1941 ss.



regolarità dei flussi contributivi. In questa prospettiva si potrebbero ipotizzare, ad esempio, interventi sottoforma di incentivazione fiscale incrementali “a compensazione” per i lavoratori con redditi discontinui; o meccanismi che consentano di fruire delle deduzioni di cui non si sia goduto nell’anno di imposta di riferimento; o, ancora, sgravi contributivi specifici e rafforzati, concepiti in un’ottica promozionale, per quei datori di lavoro che operano in settori ad alta precarietà e che favoriscano, tramite la contrattazione collettiva, l’adesione ai fondi pensione complementari di lavoratori con contratti atipici o al di sotto di una certa fascia di età.

Un’altra strategia per superare gli ostacoli che si frappongono alle scelte adesive dei singoli lavoratori è tornata al centro del dibattito in occasione della discussione e adozione della già citata legge di bilancio 2025.

Si tratta della proposta di ricorrere a meccanismi di vera e propria adesione automatica ai fondi previdenziali complementari. In particolare, l’idea da ultimo ipotizzata era quella di imporre, per i soggetti neoassunti, il prelievo obbligatorio di una quota compresa tra il 15% e il 25% del t.f.r. da destinare a un fondo pertinente o al limite residuale, con conseguente automatico ingresso del lavoratore nel fondo stesso. È vero che il progetto non è stato poi formalizzato, neppure sottoforma di emendamento; esso però riporta l’attenzione sulla percorribilità di soluzioni più *hard*, che impongano l’accesso alla previdenza complementare, sacrificando quel principio di libertà che la caratterizza, in vista della superiore necessità di sopperire alle difficoltà del sistema pensionistico pubblico.

Chi sostiene scelte di questo tipo ritiene che, se la previdenza complementare deve considerarsi funzionale al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, non v’è ragione di rimetterla alla sola libera scelta individuale, dovendo invece essere resa obbligatoria⁴³. L’allineamento delle finalità perseguite dai due pilastri del sistema previdenziale richiederebbe, o perlomeno giustificerebbe, l’adozione di un comune nucleo normativo.

D’altro canto, però, è stato condivisibilmente osservato che una simile impostazione presupporrebbe una radicale revisione degli assetti normativi attuali, nonché della stessa struttura complessiva del sistema pensionistico, implicando un livello di assimilazione ancora più alto tra previdenza pubblica e privata, non certo affidabile a una mera attività manutentiva⁴⁴. Esso, infatti, implicherebbe un ripensamento dell’intero impianto sistemico

43 Secondo G. ZAMPINI, *La previdenza complementare a trent’anni dalla riforma*, cit., p. 105, che condivide espressamente tale impostazione, la soluzione dell’obbligatorietà dei fondi pensionistici complementari troverebbe tra l’altro una giustificazione nel principio di sussidiarietà orizzontale, quale modalità di attuazione dei diritti sociali previsti dalla Costituzione (art. 118, comma 4, Cost.), in una prospettiva di *welfare society* piuttosto che di *welfare State*, in cui cioè è la società solidale che si auto-organizza, promuovendo l’erogazione di beni e servizi anche per il tramite dell’iniziativa privata.

44 Da ultimo ha espresso dubbi sulla proposta annunciata P. SANDULLI, *Prime riflessioni sul secondo welfare nella legge di bilancio 2025*, cit.

della disciplina a partire dalle sue stesse basi costituzionali: se il comma 5 dell'art. 38 Cost. garantisce la libertà non solo dell'assistenza ma anche della previdenza privata⁴⁵, imporre l'accesso automatico ai fondi privati comporta il rischio di snaturare le fondamenta su cui si regge la previdenza complementare stessa, che ha appunto nella libertà e volontarietà i suoi tratti distintivi.

Peraltro problemi di compatibilità emergono già rispetto a meccanismi meno rigidi, come quelli cd. di adesione contrattuale, i quali, pur rispettando formalmente il principio di libertà individuale, sono stati talvolta percepiti come una forma di limitazione indiretta non sempre giustificabile.

Introdotti nel 2014 dai contratti collettivi del settore edile⁴⁶, essi consistono in pattuizioni di fonte contrattuale che prevedono, a beneficio di tutti i lavoratori dipendenti del settore di riferimento, un contributo mensile a carico del datore di lavoro, da versare a un fondo pensione specificamente individuato dal contratto collettivo stesso, cui consegue automaticamente – tramite l'unico versamento – un'adesione "contrattuale" alla forma pensionistica complementare, senza che il lavoratore abbia in concreto espresso alcuna manifestazione di volontà in tal senso.

La possibilità, approvata dallo stesso legislatore tramite la previsione di cui all'art. 1, commi 171-173, legge 27 dicembre 2017, n. 205 (cd. legge di stabilità 2018), conferma il ruolo promozionale che la normativa in generale assegna alla contrattazione collettiva, quale fonte istitutiva della previdenza complementare, senza però sciogliere i dubbi sulla compatibilità di questo meccanismo con il più generale quadro normativo e, più nello specifico, con il principio di libertà di adesione. Va detto, infatti, che è vero che l'obbligo di contribuzione previsto nelle clausole contrattuali sorge solo in capo al datore di lavoro – come anche ribadito dalla Covip in un interpello sul punto⁴⁷ – e che il lavoratore conserva comunque la facoltà di incrementare il flusso mediante versamenti volontari a proprio carico⁴⁸. Tuttavia, è altrettanto vero che solo

45 V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera*, cit., p. 17.

46 Sul punto si rinvia ai più ampi riferimenti alla contrattazione collettiva in M. DELLA SEGA, *La nuova "via italiana" alla previdenza complementare obbligatoria: risposte e questioni ancora aperte sui meccanismi di adesione contrattuale*, in *Mass. giur. lav.*, 2024, n. 3, p. 429.

47 COVIP, *Risposta a quesito in materia di adesione contrattuale*, giugno 2017, in *covip.it* (spec. pagina "Risposte a quesiti").

48 Al riguardo, per R. Pessi è conforme all'impianto sistemico della disciplina, come delineato dal d.lgs. n. 252/2005, la possibilità di introdurre previsioni contrattuali collettive che stabiliscano l'iscrizione dei lavoratori ai fondi negoziali, trattandosi di clausole comunque di miglior favore per lo stesso. A ciò non osterebbe la previsione di cui all'art. 1, comma 2, del decreto, che laddove sancisce la libertà e volontarietà dell'adesione alle forme pensionistiche complementari si riferirebbe indistintamente tanto all'autonomia individuale che a quella collettiva. Cfr. R. PESSI, *Riflessioni sulla obbligatorietà della previdenza complementare per via di autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, n. 11, p. 913 ss. Ma anche P. TOSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 358 ss. Di diverso avviso, invece, ad esempio A. PANDOLFO, *Previdenza complementare:*

l'adesione al fondo negoziale individuato dal contratto collettivo consente di beneficiare del contributo contrattuale. Non v'è la possibilità di destinarlo ad altre forme pensionistiche di scelta del dipendente, visto che in genere sono le clausole contrattuali collettive stesse a inibire la possibilità di continuare a usufruire del contributo datoriale in altri fondi previdenziali integrativi⁴⁹. Sicché la libertà individuale del lavoratore potrebbe apparire se non neutralizzata, almeno compromessa, nella misura in cui questi si troverà dinanzi all'opzione di aderire alle scelte delle parti sociali, con vantaggi in termini di finanziamento, oppure rifiutare l'iscrizione ma rinunciando al beneficio del contributo datoriale (sia esso *una tantum* o periodico)⁵⁰.

Il punto sta nel trovare un equilibrio sostenibile tra salvaguardia dell'autonomia individuale, che si realizza attraverso una libertà di scelta esente da condizionamenti, e il pur auspicabile potenziamento del ruolo della contrattazione collettiva, quale canale privilegiato per lo sviluppo della previdenza complementare.

4. Segue. A proposito dei meccanismi di adesione tacita e del valore dell'informazione

Sulle stesse premesse si reggono le considerazioni che riguardano la compatibilità con l'impianto sistemico generale di meccanismi, connotati da un certo automatismo, previsti direttamente dalla legge, col fine dichiarato di incrementare l'accesso al regime dei fondi pensione privati.

Un esempio emblematico è quello del semestre di cd. "silenzio assenso", la cui riapertura è stata proposta tra gli emendamenti del disegno dell'ultima legge di bilancio, riproducendo nella sostanza una misura già sperimentata in passato: la legge finanziaria 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296) aveva allora previsto che, a partire dal 1° gennaio 2007 (o dall'assunzione, se avvenuta successivamente a tale data), fosse avviato un periodo di sei mesi

l'obbligatorietà non è a portata di contratto collettivo, in *Mass. giur. lav.*, 2008, n. 11, p. 917 ss.; nonché R. VIANELLO, *La previdenza complementare, oggi: tra dogmi e aporie*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Cacucci, Bari, tomo III, 2021, p. 2745 ss.

49 Sull'ammissibilità di simili determinazioni, ad esempio, M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, cit., p. 73 ss., *Contra*, S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2017, n. 2, p. 347 ss.

50 Si segnala la previsione di cui al CCNL per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi dell'8 giugno 2021 (Anip Confindustria, Unionservizi Confapi, Legacoop Produzione e Servizi, Confcooperative Lavoro e Servizi, Agci Servizi e FILCAMS-CGIL, FISASCATCISL, UILTRASPORTI-UIL) il quale, al fine dichiarato di «evitare la dispersione dei lavoratori nei diversi fondi esistenti e di ottenere la massima diffusione della previdenza complementare nel settore assicurando nel contempo omogeneità di trattamento tra tutti i lavoratori potenziali aderenti», fa un elenco di fondi negoziali del settore ("Previambiente", "Fondapi", "Previdenza Cooperativa") stabilendo la "conservazione" del diritto alla quota contributiva a carico del datore di lavoro, «in caso di assunzione di lavoratore iscritto ad altro fondo chiuso del settore, purché gli accordi relativi a tale altro fondo prevedano la condizione di reciprocità rispetto a lavoratori iscritti ad uno dei fondi sopra elencati» (cfr. art. 54).

a conclusione del quale si sarebbe determinato il trasferimento integrale del t.f.r. maturando (con effetti dunque *de futuro*) alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi o contratti collettivi, anche territoriali, o ad altra forma individuata con un diverso accordo aziendale, per tutti quei lavoratori (in corso di rapporto da più di sei mesi), che non avessero espresso un'indicazione differente circa la destinazione del proprio trattamento di fine rapporto.

Dopo questa esperienza, la procedura nei fatti non è stata più riattivata, né ha avuto fortuna la proposta di reintrodurla con l'ultima legge di bilancio.

In ogni caso, rimane ferma la previsione di cui all'art. 8, comma 7, d.lgs. n. 252/2005, cui ci si riferisce pur sempre con la formula del cd. "silenzio assenso" (che per qualcuno è comunque evocata impropriamente)⁵¹. In base alla disposizione vigente il conferimento del t.f.r. maturando da parte del lavoratore a un fondo pensione può avvenire o mediante una scelta esplicita, che comporta l'adesione a esso⁵², o in forma tacita⁵³. Qualora, infatti, il dipendente non abbia espresso alcuna opzione la norma prescrive che «1) il datore di lavoro trasferisce il t.f.r. maturando dei dipendenti alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi o contratti collettivi, anche territoriali, salvo sia intervenuto un diverso accordo aziendale che preveda la destinazione del t.f.r. a una forma collettiva tra quelle previste all'art. 1, comma 2, lettera e), n. 2), della legge 23 agosto 2004, n. 243 [...]; 2) in caso di presenza di più forme pensionistiche di cui al n. 1), il t.f.r. maturando è trasferito, salvo diverso accordo aziendale, a quella alla quale abbia aderito il maggior numero di lavoratori dell'azienda; 3) qualora non siano applicabili le disposizioni di cui ai numeri 1) e 2), il datore di lavoro trasferisce il t.f.r. maturando alla forma pensionistica complementare istituita presso l'INPS»⁵⁴.

In questo caso la compatibilità del meccanismo di devoluzione tacita con l'assetto più generale della materia sarebbe garantita dalla possibilità di recesso: se è costituzionalmente necessario salvaguardare margini di libertà nella disciplina complementare, il legislatore può

51 Secondo P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del TFR al sistema di previdenza complementare. Riflessioni critiche*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 157, la formula utilizzata sarebbe «tecnicamente impropria».

52 In base all'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 252/2005, come modificato dall'art. 1, comma 38, lett. a), legge n. 124/2017, con riferimento alle forme pensionistiche complementari istituite su base collettiva, gli accordi istitutivi possono oggi stabilire la percentuale minima di t.f.r. maturando da destinare al fondo.

53 P. PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, n. 1, p. 75, parla del conferimento tacito del t.f.r. come della «via italiana all'obbligatorietà» della previdenza complementare.

54 Ci si riferisce al lavoratore cui si applica interamente la disciplina sul conferimento ex art. 8, comma 7, lett. a) e b), d.lgs. n. 252/2005. Come noto, però, il decreto contempla alla lett. c) un'articolata griglia di previsioni transitorie per i lavoratori di prima iscrizione alla previdenza obbligatoria in data antecedente al 29 aprile 1993. Inoltre, la normativa stabilisce che, a differenza delle imprese con almeno 50 dipendenti (dove il t.f.r. maturando deve essere versato al Fondo di Tesoreria INPS, se non conferito alla previdenza complementare), nelle imprese con meno di 50 dipendenti esso rimane nella disponibilità dell'azienda.

in ogni caso scegliere come farlo⁵⁵. Nulla escluderebbe che l'esercizio di tale libertà sia perciò garantito non per il tramite di un atto adesivo, ma per mezzo di un atto di "abbandono" dal sistema⁵⁶.

Per di più, si può sostenere che, in un contesto di scarsità di risorse economiche disponibili per lo sviluppo della previdenza complementare, puntare al t.f.r. come strumento di finanziamento dei fondi anche tramite meccanismi di conferimento tacito, assistiti dalla facoltà di rinuncia, non è di per sé una scelta da demonizzare. D'altra parte tradizionalmente il t.f.r. ha rappresentato un essenziale flusso di finanziamento della previdenza complementare⁵⁷. Su questo, dunque, si può anche convenire, ma a condizione che ciò avvenga non tanto per incrementare le casse dei fondi negoziali del comparto, quanto per garantire reali opportunità al singolo investitore.

In tal senso si renderebbe opportuno forse uno sforzo di affinamento normativo, a partire ad esempio dalla previsione della possibilità di recupero del t.f.r. pregresso. Inoltre, secondo le regole attualmente vigenti, il t.f.r. degli aderenti taciti, ovvero coloro che non hanno espresso alcuna volontà contraria al conferimento ai fondi negoziali, viene investito in comparti caratterizzati da una garanzia di restituzione del capitale. La scelta, per quanto prudentiale, finisce per penalizzare i lavoratori silenti, che non abbiano espresso una posizione esplicita sulla destinazione del t.f.r., precludendo loro l'opportunità di portare a rendimento effettivo le somme accantonate. Le linee garantite, infatti, presentano una componente azionaria pressoché nulla, e il che comporta rendimenti spesso addirittura inferiori rispetto a quelli ottenibili dalla semplice rivalutazione del t.f.r. lasciato in azienda. Ciò suggerisce, per un verso, l'opportunità dell'adozione in via automatica – al momento dell'adesione e nel caso in cui il lavoratore non avesse indirizzato il proprio risparmio – di modelli di gestione delle posizioni previdenziali cd. "life cycle", che comportano modifiche e passaggi tra comparti (linee di

55 In materia di diritti previdenziali sottolinea V. BAVARO, *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2018, n. 2, p. 258 che «attraverso la discrezionalità l'ordinamento incorpora nell'autorità del punto di vista giuridico il punto di vista economico-politico».

56 Per A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare. A mo' di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2006, n. 2, p. 194 ss. nell'inerzia si manifesta la volontà, integrando una sorta di comportamento concludente. Parla di un meccanismo quasi obbligatorio G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, n. 12, p. 979 ss.

57 È stato giustamente osservato che il t.f.r., come prima l'indennità di anzianità, svolge da sempre molteplici funzioni (parlavano di una commistione di funzioni G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, Cedam, Padova, 1984, p. 7): dalla salvaguardia dei bisogni sociali del nucleo familiare alla garanzia di tutela previdenziale ai superstiti (cfr. A. PRETEROTI, *L'indennità a causa di morte tra silenzio normativo ed elaborazione dottrinale*, in *Dir. lav.*, 2006, I, p. 391 ss.). Sul t.f.r. in generale, S. CAIROLI, *Disciplina del trattamento di fine rapporto*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro privato*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 2625 ss.; nonché su di esso e sul rapporto con la previdenza complementare, v. G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto. Art. 2120 c.c.*, in P. SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 345 ss.

investimento di tipo azionario, obbligazionarie e monetarie) a scadenze predeterminate sulla base delle esigenze previdenziali⁵⁸.

Per altro verso, la circostanza mette in evidenza come sul piano dell'effettività lo iato tra la formale libertà del lavoratore potenziale aderente e la sua reale volontà/capacità di esercitarla vada in ogni caso colmato attraverso una puntuale programmazione e un'attuazione concreta di obblighi di informazione, sensibilizzazione e comunicazione, che costituiscono la precondizione di scelte pienamente consapevoli.

Beninteso, in questa direzione si muove già il d.lgs. n. 252/2005, che impone sia a carico del datore di lavoro sia a carico delle forme pensionistiche complementari specifici obblighi di informazione nei confronti dei potenziali aderenti e degli iscritti, approntati a criteri di chiarezza e trasparenza, in linea con l'evoluzione normativa promossa a livello eurounitario dalla direttiva 2016/2341/UE (cd. direttiva IORP II)⁵⁹.

Ai sensi dell'art. 8, comma 8, d.lgs. n. 252/2005, il datore di lavoro è tenuto, prima dell'inizio del periodo di sei mesi in cui il dipendente deve effettuare la scelta sulla destinazione del t.f.r. maturando, a fornire informazioni "adeguate" sulle diverse opzioni disponibili, sulla base di dettagliate indicazioni oggi contenute negli artt. 13-bis, 13-ter e 13-septies d.lgs. n. 252/2005⁶⁰. Inoltre, trenta giorni prima della scadenza del semestre, egli è obbligato a comunicare al lavoratore che non abbia ancora manifestato alcuna volontà le informazioni "necessarie" relative alla forma pensionistica complementare cui sarà destinato il t.f.r. maturando per effetto del meccanismo del silenzio assenso⁶¹. Obblighi equivalenti sono previsti a carico delle forme pensionistiche complementari (siano esse collettive o individuali), in base a quanto stabilito dall'art. 6, comma 5-quater, e dagli artt. da 13-bis a 13-sexies del decreto⁶².

58 Ad oggi l'eventuale previsione è rimessa alle scelte delle parti sociali. Secondo quanto riportato nella Relazione Covip 2024, nel corso del 2023 due fondi pensione negoziali hanno ampliato la propria offerta di investimento, introducendo l'adesione a un percorso cd. *life-cycle* che si attiva di *default* in caso di mancata opzione da parte dell'aderente. I due ("Perseo Sirio" e "Pegaso") si aggiungono a "Solidarietà Veneto", "Telemaco" Previmoda". Nei fondi aperti la diffusione è molto limitata, con soli 9 fondi a prevederlo. Infine, i PIP (Piani individuali pensionistici) sono 18.

59 Anche la Covip ha sottolineato a più riprese la centralità degli obblighi informativi; cfr., ad esempio, la Deliberazione Covip del 22 ottobre 2020 come modificata con deliberazione del 25 febbraio 2021 - *Istruzioni di vigilanza in materia di trasparenza* e, in pari data, la Deliberazione Covip che adotta il *Regolamento sulle modalità di adesione alle forme pensionistiche complementari*.

60 Inseriti dall'art. 1, comma 14, d.lgs. 13 dicembre 2018, n. 147, in attuazione della direttiva 2016/2341/UE (cd. direttiva IORP II).

61 A questi si aggiunge altresì l'obbligo di trasmettere al lavoratore l'accordo aziendale che eventualmente deroghi, nel caso specifico, alla regola stabilita dall'art. 8, comma 7, d.lgs. n. 252/2005.

62 Con riferimento alle forme pensionistiche previdenziali aperte e a quelle individuali, la legge subordina l'adesione all'osservanza delle regole che presiedono alla "sollecitazione all'investimento", la cui fonte di disciplina è rinvenibile nel t.u.f. (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). Inoltre, la Deliberazione Covip del 29 maggio 2018, contenente il *Regolamento sulle modalità di adesione alle forme pensionistiche complementari*, individua i

Purtroppo la percentuale significativa di lavoratori che, pur iscritti ai fondi – perlopiù per effetto di automatismi –, non manifesta poi alcuna volontà attiva di contribuzione, rappresenta il chiaro sintomo di un *deficit* informativo iniziale diffuso e della frequente preterintenzionalità delle scelte dei singoli⁶³. Il fenomeno evidenzia come spesso il momento dell'adesione costituisca una mera formalità di cui gli aderenti sono inconsapevoli.

5. Strategie flessibili tra sostenibilità ambientale, portabilità e opzioni di uscita

La necessità di un impegno a una puntuale “educazione previdenziale”⁶⁴ non si esaurisce nella fase di adesione ai fondi pensione, ma si estende anche a quella successiva di gestione del rapporto, parimenti cruciale per il “successo” della previdenza complementare.

Di fatto, l'obbligo di informazione è già declinato dal legislatore nei diversi momenti della vita associativa del fondo, tramite la previsione di specifiche indicazioni da rendere agli iscritti, che si sommano a quelle contenute negli statuti e nei regolamenti delle forme pensionistiche⁶⁵. Tale sistema informativo mira, da un lato, a garantire che i lavoratori acquisiscano una piena consapevolezza dei rischi finanziari connessi alla gestione del proprio risparmio previdenziale; dall'altro, consente loro di conoscere le potenzialità di rendimento delle diverse linee di investimento offerte dal fondo⁶⁶ e di ottimizzare di conseguenza le proprie scelte, optando per strategie diversificate e orientate alla massimizzazione dei rendimenti delle risorse (contributi e contribuzioni) che creano i montanti per l'erogazione delle future prestazioni previdenziali.

Un approccio di questo tipo, basato sulla massima trasparenza e sulla piena conoscibilità delle dinamiche di investimento, è peraltro oggi particolarmente rilevante in considerazione della diffusione di politiche orientate alla sostenibilità ambientale e alla responsabilità sociale⁶⁷.

Come anticipato in apertura di questo scritto, le sfide contemporanee richiedono una rilettura del ruolo e delle potenzialità della previdenza complementare che tenga

documenti da consegnare agli aderenti anche con riferimento ai fondi pensione aperti e ai piani previdenziali individuali (PIP). Cfr. M. SQUEGLIA, *Gli obblighi di informazione*, in A. CANDIAN-M. SQUEGLIA-A. TURSI, *Manuale della previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 251 ss.

63 Cfr. le rilevazioni statistiche riportate nella Relazione annuale Covip del 2024, relativa ai dati per l'anno 2023 (spec. Sezione 1.3 - *Le nuove adesioni*, pag. 17 ss.), su cui già *infra* § 1.

64 Adattando al contesto la formula «educazione finanziaria» utilizzata dall'OCSE nella Raccomandazione del Consiglio sull'alfabetizzazione finanziaria del 29 ottobre 2020 (v. *legalinstruments.oecd.org*).

65 Sul contenuto delle “note informative” v. Deliberazione Covip del 31 ottobre 2006 e del 22 marzo 2017.

66 Cfr., oltre alle disposizioni già citate, anche l'art. 13-*quater*, d.lgs. n. 252/2005 sulle informazioni periodiche che la forma pensionistica è obbligata a rendere agli aderenti.

67 Sul concetto di sviluppo sostenibile in una visione multidimensionale, come tensione tra sviluppo economico, protezione ambientale e sviluppo sociale, v. A.M. BATTISTI, *Lavoro sostenibile, imperativo per il futuro*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 48 ss.

adeguatamente conto del loro impatto sul tessuto sociale, economico e produttivo, anche in quella dimensione di tutela dei bisogni delle generazioni future. A queste considerazioni non ci si sottrarre neppure quando si considerano le conseguenze della transizione ecologica, destinata a impattare sul sistema previdenziale complementare almeno in una duplice dimensione⁶⁸: l'inclusione dei fattori *ESG* (*Environmental, Social, Governance*) nelle politiche di gestione dei fondi (una gestione in chiave etica può significare, ad esempio, adozione di codici di condotta che indirizzino la società a pratiche responsabili); l'incorporazione nel portafoglio dei fondi pensionistici di investimenti *ESG compliant*, ovvero orientati a progetti e attività con finalità per l'appunto ambientali (riduzione delle emissioni di CO₂; sviluppo di energie rinnovabili), oltre che sociali (condizioni di lavoro dignitose, rispetto dei diritti umani) e di *governance* (lotta alla corruzione, equilibrio e diversità nei consigli di amministrazione).

Profili solidaristici erano già stati accolti nella normativa nazionale di settore⁶⁹, la quale ha però risentito in maniera assai significativa dell'entrata in vigore della già citata direttiva *IORP II*, recepita dall'ordinamento con il d.lgs. n. 147 del 13 dicembre 2018⁷⁰, che ha comportato una revisione della disciplina tanto sotto il profilo della *governance* delle forme pensionistiche complementari collettive⁷¹, tanto sotto quello della trasparenza nei confronti di aderenti e beneficiari⁷². Sicché oggi il legislatore impone obblighi informativi specifici, tra cui l'esposizione nel rendiconto annuale (art. 17-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 252/2005) e nel documento

68 In linea non solo con l'alluvionale produzione normativa sovranazionale ma con le modifiche degli artt. 9 e 41 Cost. (ad opera della legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1), che hanno introdotto la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi quale limite dell'iniziativa economica privata e al contempo principio cui deve essere indirizzata l'attività economica pubblica e privata. Per alcune recenti considerazioni, v. T. TREU, *Il diritto del lavoro alla prova dell'emergenza climatica*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, n. 4, p. 892 ss.; M. BALLISTRERI, *Il lavoro nella transizione ambientale*, in *Mass. giur. lav.*, 2023, n. 1, p. 9 ss.; V. SPEZIALE, *Impresa e transizione ecologica: alcuni profili lavoristici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2023, n. 3, p. 283 ss.

69 Il riferimento è, ad esempio, all'art. 16, d.lgs. n. 252/2005, il quale prevede che a carico del lavoratore, sulle contribuzioni o somme a carico del datore di lavoro, diverse da quella costituita dalla quota di accantonamento al t.f.r., destinate a realizzare le finalità di previdenza pensionistica complementare, è applicato il cd. contributo di solidarietà previsto nella misura del 10% dall'art. 9-*bis* d.l. 29 marzo 1991, n. 103, convertito con modificazioni dalla legge 1 giugno 1991, n. 166.

70 A questa ha fatto altresì seguito la direttiva 2017/828/UE (cd. *Shareholder Rights II*) e la direttiva 2022/2464/UE (cd. *Corporate Sustainability Reporting Directive*), sulla rendicontazione di sostenibilità delle imprese (attuata con il d.lgs. 6 settembre 2024, n. 125). Completano l'attuale quadro di disciplina, tre regolamenti che sono stati adottati a livello europeo per una trattazione omogenea dei fattori, promuovendo una maggiore trasparenza e obbligando gli operatori finanziari, inclusi i fondi pensionistici, a valutare e comunicare l'impatto ambientale delle proprie strategie di investimento. Si tratta del Regolamento sulla tassonomia delle attività ecosostenibili (regolamento 2020/852/UE); il Regolamento sull'informativa di sostenibilità dei servizi finanziari (cd. *SFDR II - Sustainable Finance Disclosure Regulation*) (regolamento 2019/2088/UE); il Regolamento sugli indici di *benchmark* ecosostenibili (regolamento 2019/2089/UE).

71 Art. 5-*ter*, comma 4, lett. g) e art. 5-*novies*, comma 2, lett. h), d.lgs. n. 252/2005.

72 Sulle politiche di investimento sostenibile delle forme pensionistiche collettive in Italia e su alcune considerazioni tecniche circa l'adozione delle cd. "*Linee Guida di Stewardsh*" del marzo 2022 da parte di Mefop, si v. G. ROCCO, *Approccio ESG: introdotte le Linee guida di Stewardship*, in *Dir. prat. lav.*, 2022, n. 23, p. 1483 ss.

sulla politica di investimento (art. 6, comma 5-*quater*, d.lgs. n. 252/2005) delle modalità con cui fondi pensione negoziali e fondi preesistenti tengono conto dei fattori *ESG* nella gestione delle risorse e nelle loro politiche di investimento. Inoltre, per tutte le forme pensionistiche complementari, è richiesto di descrivere se e come i fattori *ESG*, inclusi quelli climatici, siano considerati nella strategia di investimento (art. 13-*ter*, comma 1, lett. c) e art. 13-*quater*, comma 2, lett. h) d.lgs. n. 252/2005 riguardo alle comunicazioni periodiche).

Il punto è – e a questo mirano gli obblighi informativi descritti – far sì che l’integrazione dei fattori *ESG* rimanga un valore aggiunto e non un “depauperamento” dell’offerta finanziaria⁷³, quando non addirittura un rischio inconsapevole che genera effetti negativi per il singolo iscritto. Perché, sebbene la linea degli investimenti *ESG complaint* presenti indubbe potenzialità, non va trascurato che essa porta con sé anche dei pericoli eventuali.

Siffatti investimenti possono offrire rendimenti potenzialmente superiori nel lungo termine rispetto ad altre classi di attività finanziarie tradizionali. In questo caso richiedono un orizzonte temporale ampio e una maggiore propensione al rischio. La conseguenza è quella di attrarre non solo categorie particolarmente sensibili alle questioni della sostenibilità e ambientali, ma anche quelle le cui prospettive di impiego sono ancora ampie nel tempo e la cui attitudine al rischio risulta più alta. Un campione potenziale ideale è rappresentato dalle fasce più giovani⁷⁴, sebbene nei fatti poi la loro capacità di investimento sconti i limiti già evidenziati della discontinuità e della limitata disponibilità di risorse da destinare alla previdenza complementare.

D’altra parte, i fattori *ESG* potrebbero risultare svantaggiosi nel breve periodo, penalizzando aderenti meno propensi al rischio o con orizzonti temporali di investimento più ristretti (ad esempio per ragioni legate proprio all’età).

Da qui la necessità, in primo luogo, di ampliare le opportunità di informazione per consentire scelte di investimento oculate: il novero dei comparti deve essere puntualmente differenziato in modo che il singolo possa comprendere sia i maggiori o minori benefici economici derivanti dall’adesione a un comparto *ESG*, sia i costi (ad esempio quelli ambientali) correlati. A tal fine, oltre alle misure già adottate dalla normativa vigente, è stata ipotizzata l’opportunità di un’implementazione dell’informativa che si ispiri a una logica “comparativa”. L’idea è che le informazioni rese non si limitino a una mera descrizione dello stato dell’arte, ma si facciano carico di un confronto puntuale tra le linee di investimento che prendono in

73 R. VIANELLO, *Previdenza complementare e transizione ecologica*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, n. 3, p. 737 ss.; S. LANDINI, *ESG, Green Finance, assicurazioni e previdenza complementare*, in *Corporate Governance*, 2022, p. 221 ss.

74 Le fasce di età più giovani sono quelle portate a optare per linee di investimento azionarie a più alto rischio, secondo quanto risulta dalle ultime rilevazioni. Cfr. Sezione 1.7 – *Le posizioni individuali e le linee di investimento* della Relazione Covip 2024, spec. p. 63 ss.

considerazione i fattori ESG e quelle che non lo fanno, analizzando rendimenti e costi ambientali delle scelte dell'uno e dell'altro tipo e utilizzando indici scientifici condivisi (come le emissioni di gas serra o di anidride carbonica)⁷⁵.

In secondo luogo è parimenti utile che sia garantita agli iscritti la possibilità di modulare l'esposizione agli investimenti di questo tipo, assicurando adeguati livelli di adattabilità delle scelte rispetto alle proprie esigenze, durante tutto l'arco del rapporto previdenziale.

La flessibilità si configura pertanto anche sotto tale profilo quale valore irrinunciabile, concretizzandosi nella possibilità di modificare le linee di investimento, così come in quella più generale di trasferire le proprie posizioni previdenziali.

A tal proposito va ricordato che, con l'art. 14, d.lgs. n. 252/2005, il legislatore disciplina espressamente lo strumento del trasferimento volontario, riconoscendo all'aderente – decorsi due anni dalla data di partecipazione a una forma previdenziale complementare – la facoltà di trasferire l'intera posizione individuale ad altri fondi, con un limite, quello di cui al comma 6, per la trasferibilità del contributo datoriale. La portabilità dei diritti futuri alla contribuzione datoriale verso un altro fondo pensione è, infatti, subordinata al consenso sindacale e perciò consentita solo «nei limiti e secondo le modalità stabilite dai contratti o accordi collettivi, anche aziendali». Il che ha posto il dubbio che tramite una siffatta previsione si potesse ridurre, se non addirittura, annichilire la piena concorrenzialità tra le diverse forme pensionistiche complementari previste dall'ordinamento vigente⁷⁶ e incidere in ogni caso sulle scelte individuali. Vincolando, infatti, la portabilità del contributo datoriale non solo rispetto alle modalità operativa, ma anche in relazione all'*an* del trasferimento, si rischierebbe di ridurre gli spazi di concorrenza tra fondi negoziali e forme complementari ad adesione individuale e, in ogni caso, di disincentivare i potenziali aderenti all'iscrizione⁷⁷.

Invero, nonostante la controvertibilità della questione, è pur vero che la disposizione in esame non sembra presentare profili di vera e propria incompatibilità con l'impianto normativo generale. Occorre considerare che la clausola negoziale in questione riguarda in via esclusiva il contributo datoriale, il quale non può essere considerato un emolumento di natura retributiva, come confermato dalla stessa Corte Costituzionale⁷⁸. Al contrario, esso possiede una connotazione e una finalità esclusivamente previdenziale, rientrando nel quadro dell'art. 38 Cost., e rispetto alla quale non si ravvisano ostacoli a un intervento dell'autonomia collettiva, in cui il diritto stesso trova la sua fonte. Sicché se la contrattazione introduce e regola

75 R. VIANELLO, *Previdenza complementare e transizione ecologica*, cit., p.761 ss.

76 G. ZAMPINI, *La previdenza complementare a trent'anni dalla riforma*, cit., p.101; già sul punto S. GIUBBONI, *La previdenza complementare tra libertà individuale e interesse collettivo*, Cacucci, Bari, 2009, p. 121 ss.

77 M. PALLINI, *La «mobilità» tra le forme pensionistiche complementari*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 788 ss.

78 Corte cost., 8 settembre 1995, n. 421, cit.; Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit.

il contributo, è pure possibile che ne disponga in assenza di un *vulnus* ai principi costituzionali⁷⁹.

Ciò nondimeno, può discutersi piuttosto sull'opportunità di mantenere un simile vincolo normativo in un contesto in cui i già bassi livelli di adesione alla previdenza complementare potrebbero essere ulteriormente penalizzati da condizioni che, seppur volte a garantire determinati equilibri, risultano pur sempre limitative. Tale riflessione assume particolare rilevanza oltretutto in uno scenario in cui l'inclusione nell'area di applicazione di un contratto collettivo ad oggi non rappresenta di per sé per il dipendente una garanzia delle massime tutele possibili. Tuttavia questa è una questione che attiene più al piano ancora una volta delle opportunità e delle scelte di politica previdenziale, piuttosto che a quello tecnico-giuridico.

Peraltro, a fronte del vantaggio di riuscire a mitigare gli effetti della discontinuità occupazionale, assicurando al singolo aderente la conservazione del risparmio accumulato anche in presenza di interruzioni lavorative o mobilità professionale⁸⁰, le eventuali limitazioni negoziali che operano esclusivamente sui contributi datoriali – rispetto ai quali si rammenta mancano finanche strumenti di recupero diretti ed efficaci in caso di omissione⁸¹ – risultano tollerabili, visto che non incidono in maniera sostanziale sulla portata strategica dello

79 Ad esempio, M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, n. 6, p. 1479 ss.; A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare*, cit., p. 194 ss.; A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 48 ss.; M. SQUEGLIA., *La «previdenza contrattuale». Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 113 ss. Va, però, dato atto dell'interpretazione che trova nella legge la fonte del diritto alla portabilità del contributo datoriale, per cui la contrattazione può limitarlo ma non impedirlo del tutto. G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, cit., p. 976 ss.; D. MEZZACAPO, *La portabilità della posizione previdenziale*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 185 ss.

80 Risultano attuali le parole della Suprema Corte che, nella sentenza Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2015, n. 477, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, n. 2, p. 447 ss. e in *Foro it.*, 2015, I, c. 836, affermava che lo strumento trova spiegazione nella «consapevolezza, maturata negli anni novanta, della crescente mobilità occupazionale che caratterizza il mercato del lavoro e di conseguenza con la necessità di predisporre strumenti per consentire ai lavoratori, esposti al frammentarsi della vita lavorativa, di non subire, o quanto meno attenuare i contraccolpi sul versante previdenziale». Sulla pronuncia, R. PESSI-V. FERRANTE-S.P. EMILIANI-P. SANDULLI, *Le Sezioni unite e la «portabilità» delle posizioni individuali di previdenza complementare nei «fondi preesistenti». Opinioni a confronto*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, n. 2, p. 353 ss.

81 Sul punto le questioni sono quanto mai aperte e attengono a diversi profili. Uno riguarda, ad esempio, la titolarità del rapporto e la legittimità ad agire in giudizio per far valere la pretesa, essenzialmente risolto nel senso di ammettere la legittimazione al lavoratore (cfr. *ex multis* Trib. Taranto, 14 novembre 2023, n. 2619, in *OneLegale*), ma con ricorrenti aperture anche al riconoscimento della legittimazione attiva del fondo, salva la possibilità per l'aderente di esperire azione surrogatoria *ex art.* 2900 c.c. (cfr. di recente, ad esempio, Corte app. Palermo, 12 novembre 2024, n. 766, in *OneLegale*). Altra questione attiene alla configurazione del danno conseguente all'omesso versamento in un fondo pensione (cfr. Trib. Palermo 8 luglio 2020, n. 2035, in *OneLegale*).



strumento, particolarmente vantaggioso per quelle di fasce di lavoratori più esposti a condizioni variabili⁸².

Resta, perciò, il fatto che la portabilità, intesa quale diritto che garantisce la libera circolazione del lavoratore all'interno del sistema previdenziale complementare e perciò la sua libertà di scelta⁸³, ha assolto e continua ad assolvere un ruolo centrale nelle dinamiche di sviluppo di quella previdenza complementare che punta ad un'adeguata tutela sociale in conformità all'art. 38, comma 2, Cost.

Minori criticità si riscontrano rispetto alla fase conclusiva del rapporto previdenziale, ovvero nel momento dell'erogazione della prestazione, che è quello in cui la previdenza complementare concretizza a pieno il suo ruolo di fonte di integrazione del sistema pensionistico pubblico.

Di questa funzione il legislatore ha pienamente tenuto conto, se si considera che egli ha circoscritto le tipologie di prestazioni erogabili alla sola rendita o alla liquidazione parziale del capitale unico entro il limite del 50% del montante finale accumulato (art. 11, comma 3, d.lgs. n. 252/2005). Tali prestazioni sono accessibili al momento della maturazione dei requisiti stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari (art. 11, comma 2, d.lgs. n. 252/2005), ridotti a tre in casi specifici (come quello della cessazione del rapporto di lavoro per motivi diversi dall'acquisizione del diritto alla pensione)⁸⁴.

In questo modo l'impianto normativo si allinea all'esigenza di garantire livelli di copertura previdenziale più elevati, concorrendo con il sistema obbligatorio al raggiungimento dell'obiettivo costituzionale di adeguatezza dei mezzi per provvedere alle esigenze di vita. Tramite, infatti, una prestazione erogata periodicamente e, in via prevalente sotto forma di rendita, essa si integra in concreto con la prestazione obbligatoria.

82 Attraverso questa chiave interpretativa può leggersi positivamente la posizione assunta dalla Corte di Cassazione intorno alla controversa questione della portabilità del montante contributivo individuale nei fondi preesistenti gestiti a ripartizione, nella sentenza Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2022, n. 12209, in *Arg. dir. lav.*, 2022, p. 522 con nota di M. PERSIANI, *Una regola rovesciata: l'interesse individuale ed egoistico di un lavoratore prevale sull'interesse comune di tutti gli altri a più elevati livelli di copertura previdenziale* e in *Labor*, 2022, n. 5, con nota di V. FERRANTE, *Le «Sezioni unite» ribadiscono il diritto al trasferimento della posizione individuale nei fondi preesistenti della previdenza complementare*. Con essa i giudici hanno avallato l'orientamento che assume tale portabilità come incondizionata, a prescindere dalle modalità di amministrazione delle risorse; aderendo alla soluzione già prospettata nella sentenza del 2015, Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2015, n. 477, cit. V. le riflessioni in P. SANDULLI, *Nei Fondi pensione le Sezioni unite, attraverso la portabilità, trasformano la prestazione definita in contribuzione definita*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, n. 4, p. 653 ss.

83 S.P. EMILIANI, *Lavoro «frammentato» e portabilità della posizione individuale di previdenza complementare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, n. 2, p. 371. Sulla portabilità della posizione previdenziale, v. D. MEZZACAPO, *La portabilità della posizione previdenziale*, cit., p. 173 ss.

84 G. CIOCCA-P. OLIVELLI, *Le prestazioni*, in M. CINELLI (a cura di), *Previdenza complementare. Art. 2123 c.c.*, in P. SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 345 ss.

Al contempo, il legislatore ha in parte coniugato tale esigenza con la crescente domanda di flessibilità, introducendo strumenti che consentono una gestione più dinamica del montante accumulato. Ne sono esempio le diverse tipologie di rendite vitalizie cui è possibile accedere (art. 11, comma 5, d.lgs. n. 252/2005) e le misure che consentono ai lavoratori l'anticipazione delle prestazioni, in deroga ai tempi e alla modalità ordinarie. Tra queste spicca la rendita integrativa temporanea anticipata (R.I.T.A), introdotta dalla legge di bilancio 2017 (art. 1, comma 188, legge 11 dicembre 2016, n. 232), che riconosce agli iscritti ai fondi, in possesso dei requisiti per ottenere l'anticipo finanziario a garanzia pensionistica (APE), di percepire, in forma di rendita temporanea, tutte o parte delle prestazioni complementari accumulate, nell'intervallo tra il momento del pensionamento anticipato e la maturazione dei requisiti per l'accesso alle prestazioni nel regime obbligatorio. La misura permette, pertanto, di cessare l'attività lavorativa prima del raggiungimento del requisito anagrafico per la pensione di vecchiaia e di ottenere l'erogazione della propria posizione pensionistica complementare prima del previsto, assicurandosi un sostegno economico.

Anche in questo caso, la facoltà di smobilizzare la posizione individuale in via anticipata non sembra possa snaturare la funzione tradizionale del risparmio pensionistico complementare, cioè quella di fornire un'integrazione previdenziale di lungo periodo. Ciò, se non altro, in ragione del fatto che, nell'attuale contesto normativo e socio-economico, l'ampliamento delle soluzioni di "opt-out" – comprese quelle che permettono di disporre di una immediata liquidità in caso di necessità – offre agli aderenti una via per meglio modulare le proprie scelte in funzione delle mutevoli esigenze personali e professionali. Tra l'altro resta sempre la possibilità di reintegrare in qualsiasi momento e in qualunque misura le somme riscosse, in modo che la gestione più elastica e consapevole del risparmio previdenziale non comprometta, in maniera irreparabile, anche finalità previdenziali di lungo termine.

6. Considerazioni conclusive: il ruolo della contrattazione collettiva alla luce di alcune esperienze negoziali

Quali che siano le soluzioni prospettabili in un'ottica di sostenibilità del sistema previdenziale, non sembra potersi prescindere da un approccio integrato che coniughi gli interventi normativi – pur declinabili con modalità e forme diversificate – con le dinamiche contrattuali collettive, secondo una logica di stretta sinergia⁸⁵.

L'attuale assetto legislativo, d'altra parte, è già orientato a promuovere una significativa interazione tra le fonti eteronome e l'autonoma collettiva. Il che è evidente nell'attribuzione a

⁸⁵ Sull'integrazione tra contrattazione collettiva e legge quale contributo per la realizzazione dell'imperativo più generale di cui all'art. 3, comma 1, Cost. (la "pari dignità sociale"), V. LECCESE, *Contratti collettivi e dignità e libertà di chi lavora*, in *Lav. dir. Eur.*, 2022, n. 1, p. 1 ss.



quest'ultima del compito di istituire e gestire fondi pensione di natura negoziale⁸⁶, nonché – più in generale – nella strategica delega alle parti sociali della regolazione di aspetti cruciali della disciplina (si pensi, solo per fare un esempio, alla questione da ultimo richiamata delle contribuzioni datoriali).

Nonostante una più «accentuata connotazione individualistica della previdenza complementare riformata»⁸⁷, che ha liberalizzato maggiormente le scelte del singolo lavoratore, il ruolo rivestito dalle parti sociali, che d'altronde non si esaurisce nella sola previdenza complementare ma investe notoriamente l'intero sistema di *welfare*, appare tuttora cruciale.

Questo rilievo non dipende solo dai dati sulle iscrizioni ai fondi negoziali, che pure ne confermano la veste di principale forma pensionistica complementare operante nel sistema⁸⁸.

Non di rado, infatti, è sul piano effettivo sostanziale che la contrattazione collettiva, nei diversi livelli in cui si articola⁸⁹, si è fatta promotrice di misure innovative, rispondendo in maniera proattiva alle esigenze emergenti del mercato del lavoro, anche rispetto alla materia previdenziale e a quella complementare nello specifico.

Diverse esperienze a livello nazionale, anche in occasione dei molteplici recenti rinnovi contrattuali, confermano una spiccata sensibilità per la tematica, accompagnata dall'introduzione di meccanismi flessibili e incentivanti, volti a favorire la partecipazione dei lavoratori alle forme pensionistiche private e a offrire prospettive di crescita del risparmio⁹⁰.

86 Beninteso, il fenomeno della previdenza privata, sebbene con struttura e portata ben diverse, non è recente, potendosene rintracciare le origini già nell'esperienza di alcune realtà d'impresa agli albori del secolo scorso. Per una ricostruzione si v. R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Cedam, Padova, 2005 p. 41 ss.; M. SQUEGLIA, *La "previdenza contrattuale". Un modello di nuova generazione per i bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 10 ss.

87 S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, cit., p. 358; si v. anche A. TURSI, *La nuova disciplina della previdenza complementare: la terza riforma della previdenza complementare*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2017, p. 537 ss.; A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare*, cit., p. 154 ss. Lo si evince, ad esempio, dalla piena equiparazione delle forme pensionistiche cui optare, nel caso di conferimento esplicito, che lascia alla scelta esclusiva del singolo lo spazio per esprimere la propria preferenza, senza imporre vincoli dettati, ad esempio, dall'iscrizione sindacale. Dall'altra parte, resta il fatto che solo le forme di previdenza complementari sindacali possono ricevere le quote del trattamento conferito con modalità tacite.

88 Nell'ultima relazione Covip si segnala che, a partire dal 2015 (quando fu introdotto il meccanismo di adesione contrattuale a favore dei lavoratori nel settore edile), le adesioni contrattuali hanno costituito il principale canale di entrata nel sistema e la loro incidenza sul totale delle nuove iscrizioni è oggi pari a circa tre quinti di quelle totali ai fondi negoziali (cfr. Relazione annuale Covip del 2024 relativa ai dati per l'anno 2023, spec. pp. 17-19).

89 Sebbene vada condivisa l'osservazione per cui il legislatore ha destinato nell'ultima riforma una preferenza agli accordi collettivi intervenuti a livello aziendale nella perdurante assenza di criteri selettivi dei soggetti sindacali ammessi a sottoscrivere contratti collettivi istitutivi di forme pensionistiche. V. S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, cit., p. 363.

90 Si precisa che gli esempi riportati di seguito non sono frutto di una consultazione tassonomica, non rispondendo ad alcun criterio specifico di campionamento.

Sicché, alle tradizionali previsioni – come i meccanismi di adesione automatica e obbligatoria ai fondi⁹¹ o la compartecipazione delle aziende al finanziamento delle forme negoziali, attraverso l'introduzione del contributo datoriale, generalmente a fronte di un contributo minimo del lavoratore (che rimane in ogni caso volontario ed eventuale)⁹² – si sono progressivamente aggiunte altre più specifiche iniziative.

È il caso di quelle con cui, al fine di ampliare la platea dei beneficiari, è stato assicurato l'inserimento nei fondi a categorie precedentemente escluse o in ogni caso scarsamente tutelate per le caratteristiche della loro occupazione⁹³.

Inoltre, le medesime finalità "inclusive" sono state perseguite prevedendo benefici in termini di maggiore partecipazione economico-contributiva in favore di fasce vulnerabili, soggette a discontinuità e transizioni di carriera: emblematico è il caso del contratto collettivo nazionale delle agenzie di somministrazione, che riconosce solo per i lavoratori a tempo determinato un contributo forfettario aggiuntivo che cresce in misura inversamente proporzionale in base alla durata delle missioni per favorire le adesioni al fondo previdenziale di riferimento ("Fon.te")⁹⁴. Analogamente, il contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici ha previsto per i giovani in caso di nuova adesione di lavoratori di età inferiore ai 35 anni, un innalzamento della quota di contribuzione ordinaria a carico del datore di lavoro dal 2 al 2,2%

91 Il CCNL quadri e impiegati agricoli del 7 luglio 2021 prevede un meccanismo di iscrizione "contrattuale" al fondo di previdenza complementare "Agrifondo". Le aziende sono tenute a versare un contributo (in questo caso 10 euro mensili) per ogni lavoratore impiegato, indipendentemente da una loro manifestazione di volontà, e ciò comporta l'iscrizione automatica del dipendente alla forma pensionistica. Nel caso in cui il dipendente decida invece di aderirvi volontariamente, il contributo datoriale di 10 euro risulterà aggiuntivo rispetto a quanto già previsto dal CCNL in termini percentuali, andando a consolidare la posizione previdenziale aperta. Con il rinnovo sottoscritto nel 2024, gli effetti del contributo aggiuntivo sperimentale, già prorogati in forza dell'accordo del 16 novembre 2023, sono stati prorogati fino al 31 dicembre 2027. Analoghe previsioni sono contenute nel CCNL per i dipendenti da imprese edili ed affini del 19 aprile 2010 rinnovato il 3 marzo 2022 (Ance e FENEAL-UIL, FILCA-CISL, FILLEA-CGIL) e negli accordi successivamente sottoscritti dalle medesime parti.

92 Si segnala la previsione di cui CCNL servizi ambientali che, nell'intesa siglata il 18 maggio 2022, ha introdotto un meccanismo che consente ai lavoratori neoassunti, entro 6 mesi dall'assunzione, di optare per la conversione del trattamento degli aumenti periodici di anzianità in un contributo (calcolato in 36esimi, maggiorato del 10% e riproporzionato su 12 mensilità) da corrispondere al fondo negoziale "Previambiente"; CCNL servizi ambientali del 18 maggio 2022 (Utilitalia, Confindustria-Cisambiente, Legacoop produzione e servizi, Confcooperative lavoro e servizi, Agci servizi, Assoambiente e FP-CGIL, FIT-CISL, UILTRASPORTI-UIL, FIADEL).

93 Ad esempio, il CCNL del settore terziario aziende ortofrutticole e agrumarie, che prevede l'iscrizione al fondo "Fon.te", riconosce la possibilità di aderire anche a «lavoratori stagionali e avventizi» (non solo lavoratori con contratto a tempo determinato di durata superiore a una certa soglia temporale, in genere sei mesi); CCNL aziende ortofrutticole e agrumarie del 20 novembre 2020 (Fruitimprese e FLAI-CIGL, FISASCAT-CISL, UILTUCS-UIL). Dedicata specifica attenzione al lavoro a domicilio (art. 73) il CCNL per gli addetti alle industrie manifatturiere delle pelli e succedanei del 10 marzo 2017 rinnovato il 26 maggio 2023 (Associazione Pellettieri Italiani, Assopellettieri, Aimpes e FEMCA-CISL, FILCTEM-CGIL, UILTEC-UIL).

94 CCNL per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro del 15 ottobre 2019 (Assolavoro e CGIL, CISL, UIL, FELSA-CISL, NIDIL-CGIL, UILTEMP).



dei minimi contrattuali⁹⁵. Lo stesso meccanismo, con alcune varianti, è stato riproposto dal contratto collettivo nazionale per i metalmeccanici delle imprese minori, che ha introdotto un contributo *una tantum*, di 120 euro per lavoratori di nuova adesione *under 35*, in aggiunta alle ordinarie quote di finanziamento previste a carico del datore di lavoro (2%) e del lavoratore (1%)⁹⁶.

Non di meno, un particolare interesse è rivolto alla tematica dell'informazione, quale elemento determinante per scelte consapevoli. La libertà decisionale dei lavoratori, infatti, passa attraverso la piena consapevolezza delle opzioni a disposizione e dei relativi vantaggi o svantaggi (ad esempio la convenienza del trasferimento del t.f.r a un fondo o le caratteristiche delle linee di investimento disponibili, *etc.*)⁹⁷. In questa direzione si muovono iniziative di sensibilizzazione e promozione⁹⁸ all'interno dei luoghi di lavoro, descritte come una forma di "proselitismo previdenziale", con effetti potenzialmente più efficaci nei settori a maggiore densità sindacale.

95 CCNL per i dipendenti dell'industria metalmeccanica e della installazione di impianti del 05 febbraio 2021 (Federmeccanica, Assital e FIM-CISL, FIOM-CGIL, UILM-UIL), spec. art. 15.

96 CCNL piccola e media industria manifatturiera metalmeccanica e della installazione di impianti del 7 giugno 2021 (Confindustria Impresa Meccanica e FIM-CISL, UILM-UIL), art. 46 «A decorrere dal 1° gennaio 2022, in favore dei dipendenti che all'atto dell'iscrizione non hanno compiuto i 35 anni e che aderiscono per la prima volta alla previdenza complementare (circostanza attestata dal Modello TFR2), l'azienda verserà al fondo negoziale di riferimento, prescelto tra quelli di cui al primo comma, un contributo *una tantum* di 120 euro, entro un anno dall'iscrizione e in aggiunta alla contribuzione ordinaria a suo carico». Introduce invece un cd. "Contributo di solidarietà generazionale", pari ad una quota aggiuntiva dell'1% sulla contribuzione datoriale di finanziamento dei regimi di previdenza complementare, al ricorrere di specifiche condizioni, il CCNL per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali del 19 dicembre 2019, rinnovato il 23 novembre 2023 (ABI-FABI e FIRST-CISL, FISAC-CGIL, UILCA, UNISIN). Prevede una contribuzione a carico del datore di lavoro con quota percentuale maggiorata, per i lavoratori a tempo determinato, che si estende in caso di trasformazione a tempo indeterminato del rapporto per i primi 24 mesi il CCNL per le aziende della Distribuzione moderna organizzata (DMO) del 19 dicembre 2018 rinnovato il 23.04.2024 (Federdistribuzione e FILCAMS-CGIL, FISASCAT-CISL, UILTUCS-UIL).

97 Nel CCNL industria Chimica-Farmaceutica, al fine di incentivare l'adesione ai fondi ("Fonchim" e "Faschim") che sono ad adesione volontaria, le parti hanno convenuto di attivare un «meccanismo di accesso al sistema *welfare* per i lavoratori non iscritti», in funzione del quale i lavoratori non iscritti possono accedere alla piattaforma elettronica di *welfare* prevista nel settore, per verificare i vantaggi offerti dai fondi, acquisire informazioni dettagliate sul loro funzionamento, anche tramite sistemi elettronici di simulazione, e avere contatti diretti con esperti.

98 Vi dedica specifica attenzione, includendo un ruolo di promozione in capo «ai sistemi di bilateralità agricoli nazionali e territoriali», il CCNL per gli operai agricoli e florovivaisti del 23 maggio 2022 (Confagricoltura, Coldiretti e FAI-CISL, UILA-UIL, FLAI-CGIL) integrato dall'accordo di rinnovo del 27 ottobre 2023 che, all'art. 60, espressamente parla di attività promozionali da svolgersi nell'ambito delle aziende. Così anche il CCNL per i lavoratori dipendenti dalle imprese del settore elettrico del 18 febbraio 2013 rinnovato il 18 luglio 2022 (Elettricità futura, Utilitalia, ENEL S.p.a., GSE, Terna S.p.a., Energia libera e FILCTEM-CGIL, FLAEI-CISL, UILTEC-UIL), in particolare si v. l'Accordo tra le parti sociali del 18 luglio 2022 che dedica ampio spazio al tema, puntando a campagne informativa, promozionali e di sensibilizzazione con il coinvolgimento dei fondi operanti nel settore ("Fopen" e "Pegaso").



Infine, negli ultimi tempi è stata osservata una progressiva valorizzazione degli strumenti di bilateralità anche nel campo della previdenza complementare, visto il potenziale di questi meccanismi per rafforzare il sistema di protezione sociale attraverso un approccio condiviso e concertato. Le organizzazioni sindacali di concerto con le associazioni datoriali, soprattutto in settori con una tradizione di esperienze bilaterali consolidate, si pongono come attori ideali per una implementazione di tali politiche⁹⁹.

Quello restituito è un quadro che, per quanto eterogeneo e diversificato, riflette le opportunità della previdenza complementare, alla luce delle sfide poste dalla (in)sostenibilità del sistema pensionistico nel suo complesso.

Permangono delle criticità, riconducibili alla frammentazione della disciplina, alla scarsa omogeneità delle soluzioni adottate nei diversi comparti produttivi, ma anche il problema della distanza tra le diverse forme complementari, individuali e collettive¹⁰⁰.

Da qui discende l'inevitabile necessità di un'integrazione e armonizzazione costante con la fonte legale, non solo per garantire una maggiore coerenza sistematica, ma soprattutto per rispondere efficacemente alle trasformazioni in atto, rispetto alle quali – come detto in apertura – il secondo pilastro viene pensato come moderatore in grado di rilanciare la solidarietà sociale in una dimensione adattata ai bisogni emergenti.

99 M. TIRABOSCHI, *Welfare for People. Settimo rapporto su Welfare occupazionale e aziende in Italia*, Adapt University Press, 2024. Qui viene richiamato il caso, a livello territoriale, del CCRL Veneto Alimentaristi Panificatori del 25 luglio 2022 (Confartigianato Imprese Veneto, CNA Veneto, Casartigiani Veneto e AI-CISL, FLAI- CGIL, UILA-UIL) nel quale le parti, stabilite le modalità di erogazione del contributo contrattuale da destinarsi a tutti i lavoratori per l'iscrizione al fondo negoziale "Solidarietà Veneto" o a "Fon.te", prevedono che lo stesso venga versato dall'Ebav (Ente bilaterale dell'artigianato Veneto), incaricato di raccogliere le somme dalle varie aziende.

100 M. PALLINI, *Le "altre" forme pensionistiche complementari: fondi pensione aperti e forme pensionistiche individuali*, in A. TURSI (diretto da), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 772 ss.



NON PIÙ SOLO “UOMINI E CAPORALI”, L’ART. 603 BIS C.P. E IL SUO DIFFICILE RAPPORTO CON LE MODERNE RELAZIONI INDUSTRIALI *

Eugenio Erario Boccafurni **

Abstract [IT]: il saggio tratta del reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo, descrivendo l’interpretazione giurisprudenziale dei suoi principali indici. In particolare, si pongono in evidenza talune aporie dell’ordinamento, dal momento che la formulazione dell’art. 603 bis c.p. mostra dei passaggi di frizione con la normativa giuslavoristica e con l’attualità delle relazioni industriali del Paese. Inoltre, con opportuni rimandi ai vari provvedimenti di amministrazione giudiziaria emessi di recente dal Tribunale di Milano, sono approfondite le nuove forme di caporalato e le misure di prevenzione previste nel codice antimafia.

Abstract [En]: the essay deals with the crime of illicit intermediation and labor exploitation, describing the jurisprudential interpretation of its main indices. In particular, certain contradictions in the legal system are highlighted, since the wording of article 603 bis of the criminal code. shows some passages of friction with labor law legislation and with the current situation of the country’s industrial relations. Furthermore, with appropriate references to the various judicial administration provisions recently issued by the Court of Milan, the new forms of gangmastering and the prevention measures provided for in the anti-mafia code are explored in depth.

SOMMARIO: 1. L’intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro nel codice penale – 2. Il lavoro intellettuale non può essere sfruttato, critica a Cass. n. 43662 del 28 novembre 2024 – 3. La questione retributiva e la manifesta obsolescenza del principale indice normativo di sfruttamento lavorativo – 3.1 l’attuale tensione del sistema di relazioni industriali, la delicata “scelta” del CCNL da prendere in riferimento. - 4. Le nuove forme di caporalato e i “rimedi” del codice antimafia— 5. Nel *fashion market* il caporalato scorre lungo la catena degli appalti labour intensive – 6. Il caporalato digitale, dal “*delivery*” alla logistica - 7. Prospettive di *restyling* per centrare l’obiettivo.

1. L’intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro nel codice penale



La legge n. 148 del 14 settembre 2011, di conversione del d.l. n. 138/2011, introdusse nel codice penale l'art. 603 bis, rubricato intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo, poi modificato dalla legge 4 novembre 2016, n. 199, volta a legiferare <<Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo>>¹.

Come noto, nel 2011 si ritenne di colmare un ampio spazio grigio di tutele, collocatosi tra il "gigantismo penale"² dell'art. 600 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù) e la fattispecie contravvenzionale prevista nel caso di somministrazione illecita di manodopera dal d.lgs. n. 276/2003, ad oggi, tra l'altro, "ripenalizzata" per effetto dell'art. 29 del d.l. n. 19/2024 (conv. L. n. 56/2024) recante <<Disposizioni in materia di prevenzione e contrasto del lavoro irregolare>>³.

Trattasi di una norma dalla peculiare tecnica legislativa che non definisce compiutamente il concetto di sfruttamento ma lo indicizza attraverso una serie di indicatori di contesto da cui desumerne l'esistenza⁴, quali sono la remunerazione, il tempo di lavoro, le condizioni di salute e di sicurezza sul lavoro, i metodi di sorveglianza e le situazioni alloggiative⁵.

Ogni indice, ancorché sia un criterio guida per l'interprete anche utili a svolgere <<una funzione di agevolazione probatoria>>, è <<sufficiente ma non necessario per definire la condizione di sfruttamento>>⁶ in ragione del fatto che - come recita la medesima disposizione

1 * Relazione, con integrazioni, tenuta in occasione dell'evento "Le eccellenze dell'agricoltura pontina ed il lavoro etico, come contrasto al caporalato e alle agromafie". -Sabaudia (LT), 27 gennaio 2025.

** Eugenio Erario Boccafurni è Dottore di Ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Roma "La Sapienza", già Avvocato del Foro di Foggia ed Assegnista di Ricerca in Diritto del Lavoro presso l'Università di Urbino, è Responsabile del Processo Pianificazione della Direzione Interregionale del Lavoro Centro (INL), sede di Roma. *Le considerazioni espresse nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero personale dell'Autore e non rappresentano in alcun modo il punto di vista dell'Amministrazione di appartenenza (INL).*

Cfr. D. PIVA, *I limiti dell'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della L. 199/2016*, in *Arch. Pen.*, 2017, pp. 184-196; D. FERRANTE, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *Dir. penale contemporaneo* del 15 novembre 2016.

2 In questi termini V. TORRE, *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *Labour & Law Issues*, Vol. 6, n. 2, 2020; ID., *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis cp tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *QuestioneGiustizia.it*. In tema anche A. LUCIFERA, *Lo sfruttamento del lavoro, la costruzione del "tipo" tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela*, Torino, Giappichelli, 2024; S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del collocamento della manodopera. Dalla intermediazione illecita all'"Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro"*, in *Ind. pen.*, 2017.

3 Il d.lgs. 8/2016 aveva depenalizzato la fattispecie trasformando in illeciti amministrativi i reati in materia di lavoro e previdenza obbligatoria puniti con la sola pena della multa o dell'ammenda. Per una trattazione delle novità introdotte dal d.l. n. 19/2024, si rimanda a G. FORNARI, *Sanzioni penali per appalto illecito, somministrazione non autorizzata, somministrazione fraudolenta*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2024, n. 3.

4 Cfr. Cass. pen. n. 47400/2023.

5 Cfr. Cass. pen., 16 settembre 2020, n. 27582, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2021, n. 1-2, con nota di P. ZARRA, *l'immane inconcretezza degli indici di sfruttamento. il processo di deindicizzazione ad opera dellarecente giurisprudenza, in materia di caporalato*, pp. 165 - 201.

6 Cfr. Cass. pen. n. 45615/2021.



codicistica - per riscontrarlo in concreto basta “la sussistenza di una o più delle...condizioni”.

Orbene la prova dello sfruttamento potrebbe derivare anche “*aliunde*”, atteso che l'elencazione dei quattro indicatori di contesto non ha carattere tassativo, ben potendo il giudice individuare ulteriori condizioni suscettibili di dare luogo alla condotta di abuso del lavoratore in stato di bisogno⁷: <<non precludono l'individuazione di altre condotte che integrino la fattispecie di abuso, posto che essi costituiscono meri indicatori della sussistenza del fatto tipico, che ben può risultare *aliunde*, purché si concreti l'assoggettamento a condizioni di lavoro cui si subisce l'imposizione>>⁸.

Inoltre, ancorché i quattro indici evidentemente siano stati plasmati sul modello del “social tipo contrattuale”⁹, specie in ragione della debolezza contrattuale e/o della dipendenza economica dei collaboratori parasubordinati¹⁰, occorre tenere in debita considerazione che essi trovano applicazione tanto in riferimento al lavoro subordinato quanto a quello autonomo continuativo.

Alla luce di quanto precede, il polimorfismo dello sfruttamento di manodopera interno all'art. 603 bis c.p. consente all'interprete di adeguarne il perimetro oggettivo ai diversi contesti e alle moderne modalità di organizzazione del lavoro, travalicando il suddetto contesto agricolo¹¹.

Si farà pertanto riferimento al contrasto al caporalato cd. “urbano” o a quello “digitale”, fenomeni che impongono una lettura “evolutiva” dell'articolo di riferimento, il quale tuttavia mostra preoccupanti momenti di frizione con il *set* di regole propriamente giuslavoriste, oltre che con l'odierno atteggiarsi delle relazioni industriali del Paese.

In conclusione, tralasciando per qualche istante il reato di cui all'art. 603 bis. c.p., si osserva che lo sfruttamento della manodopera può essere il presupposto di una categoria eterogenea di illeciti penali, di seguito sinteticamente richiamati:

-l'estorsione, ex art. 629 c.p., atteso che <<integra il delitto di estorsione la condotta del datore di lavoro che, approfittando della situazione del mercato del lavoro a lui favorevole per la prevalenza dell'offerta sulla domanda, costringe i lavoratori, con larvate minacce di

7 Lo “stato di bisogno”, ancorché non preso specificamente in rassegna nel presente elaborato, rappresenta l'altro grande elemento della fattispecie del reato in parola: si rimanda alle pronunce della Cassazione penale nn. 47400 e 18932 entrambe del 2023, ove si circoscrive compiutamente la sua nozione. In dottrina, A. LUCIFERA, *Lo sfruttamento del lavoro, la costruzione del “tipo” tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela*, cit.; A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1.

8 Cfr. Cass. pen. n. 9473/2022; Cass. pen. n. 7861/2021; Cass. pen. 7857/2021.

9 Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro, problemi storico-critici*, Napoli, 1976.

10 Sull'esigenza di tutela di questa eterogenea categoria di lavoratori si rimanda a G. SANTORO – PASSARELLI, *Lectio Magistralis del 18 giugno 2021 presso l'Università della Calabria*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2021, n. 3.

11 Sul fenomeno del caporalato agricolo, ex multis, si rimanda a F. DE MECHIEL, *Prevenzione e contrasto dello sfruttamento lavorativo e del caporalato in agricoltura*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2023, n. 3.

licenziamento, ad accettare la corresponsione di trattamenti retributivi deteriori e non adeguati alle prestazioni effettuate>>¹². Inoltre, <<integra il delitto di estorsione la condotta del datore di lavoro che, approfittando della situazione del mercato del lavoro a lui favorevole per la prevalenza dell'offerta sulla domanda, costringe i lavoratori, con la minaccia di licenziamento, a ricoprire la carica di amministratore di una società>>¹³. A tal proposito, è di estremo interesse la sentenza di legittimità penale n. 7128 del 16 febbraio 2024, dal momento che è estato ritenuto che il datore possa commettere il reato di estorsione solamente nel caso in cui il rapporto di lavoro sia già in corso - anche se "a nero" - mentre non è mai configurabile prima dell'assunzione;

- la riduzione o il mantenimento in schiavitù, ex art. 600 c.p., che <<si distingue da quello di intermediazione illecita o sfruttamento del lavoro, in quanto lo sfruttamento connesso alla violazione di norme poste a tutela del lavoratore, che può astrattamente caratterizzare entrambe le fattispecie, è accompagnato, nel primo caso, dalla significativa compromissione della capacità di autodeterminarsi del soggetto passivo, a causa della verificata assenza di alternative esistenziali validamente percorribili>>¹⁴;

- la violenza privata, ex art. 610 c.p.;

- il cd. "stalking occupazionale", ex art. 612 c.p., fattispecie che trova nella recente pronuncia della Cassazione penale, n. 32770 del 21 agosto 2024, il primo esplicito riconoscimento e che apre un nuovo versante penalistico nella trattazione delle condotte mobbizzanti.

2. Il lavoro intellettuale non può essere sfruttato, critica a Cass. n. 43662 del 28 novembre 2024

La Cassazione penale n. 43662 del 28 novembre 2024¹⁵, nella sua funzione nomofilattica, segna un punto di svolta interpretativo nella perimetrazione dell'efficacia oggettiva dell'articolo di riferimento.

I Giudici di legittimità, infatti, ricostruendo la "genesì agricola" del 603 bis c.p., quale norma <<introdotta da una legge mirata al "contrasto ai fenomeni dello sfruttamento del lavoro in agricoltura" ed è inserita in un tessuto normativo costituito da reati come la riduzione in

¹² Così Cass. pen. n. 3724/2022.

¹³ Così Cass. pen. n. 7456/2025.

¹⁴ Così Cassazione pen. n. 17095/2022.

¹⁵ La sentenza è annotata da F. VITARELLI, *Lo sfruttamento del lavoro intellettuale è fuori dal tipo descritto dall'art. 603-bis c.p.?*, in *SistemaPenale.it*, di cui si condivide in particolare il pensiero: <<Pur condividendo la necessità, evidenziata dalla Corte, che entrambi gli elementi costitutivi siano oggetto di autonoma e specifica prova, questo non comporta la categorica esclusione, in linea di principio, della configurabilità del delitto ex art. 603-bis c.p. rispetto alla prestazione intellettuale; anche in tale contesto lavorativo, infatti, è possibile riconoscere la tipicità della fattispecie, purché vi sia riscontro delle condizioni di sfruttamento e dell'approfittamento dello stato di bisogno>>.

schiavitù, la tratta di persone, il traffico di organi prelevati da persone vive (oltre che prostituzione e pornografia minorile), vale a dire reati che colpiscono, su una scala elevatissima, la “personalità” individuale, fino al punto di annullarla>>, hanno escluso nettamente – senza operare distinguere e/o eccezioni di sorta nell’incedere della propria argomentazione – che la disposizione codicistica possa attagliarsi allo sfruttamento di prestazioni di lavoro a natura intellettuale.

In altri termini, inforcando le lenti del giuslavorista e ricorrendo per forza di cose alle categorie legali dell’art. 2095 c.c., ancorché quest’ultima norma non sia mai direttamente citata nell’arresto, si dovrebbe concludere che lo sfruttamento sia un (cattivo) “affare” che possa potenzialmente riguardare le sole mansioni operaie, escludendo quelle impiegate evidentemente di natura intellettuale¹⁶.

Di talché, ancora una volta, così come tra l’altro era avvenuto a seguito della riforma dell’art. 2103 c.c. ad opera del *Jobs Act*¹⁷, anche la giurisprudenza penale impone un ritorno di attualità della distinzione tra impiegati ed operai, tra colui che “collabora all’impresa” e l’operaio che svolge la propria opera “nell’impresa”: criteri ermeneutici di cui questa società si era illusa di poter definitivamente fare a meno per effetto dell’inquadramento unico degli anni settanta dello scorso secolo¹⁸.

Entrando nel merito, la vicenda giudiziaria ha tratto origine dal comportamento di una cooperativa operante nel campo dell’istruzione secondaria, la quale, minacciando la mancata riassunzione del proprio personale “di concetto” a termine e facendo leva sull’altrui stato di bisogno, aveva costretto ad accettare lavoro sottopagato e/o a restituire parte della retribuzione formalmente corrisposta.

Ebbene, nell’escludere l’applicabilità dell’art. 603 bis c.p. al caso di specie, la Cassazione ha fornito un’interpretazione letterale particolarmente stringente del reato in parola, atteso che è <<il dato testuale a precludere l’applicazione della norma a categorie di lavoro che avvalendosi di prestazioni intellettuali, esulano in radice dalla categoria dei lavori manuali, siano essi in ambito agricolo o artigianale o industriale>>.

La norma, infatti, fa espresso riferimento alla condotta di colui che <<recluta>> ovvero

16 Una differenziazione qualitativa che affonda il proprio ragion d’essere sin dalla tecnica definitoria interna all’art. 1 del Regio Decreto Legge n. 1825/24.

17 Sul ruolo della categoria legale nella regolamentazione del mutamento delle mansioni, si rimanda a C. PISANI, *I nostalgici dell’equivalenza delle mansioni*, in *Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”*, 2016, n. 2, p. 199 ss; U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, in *Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”*, 2016, p. 268 ss; A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, p. 129 ss.

18 Per una trattazione organica dell’art. 2095 e dei criteri di differenziazione tra categorie legali, si rimanda a C. PISANI, *Commento all’art. 2095 cod. civ. – Categorie dei prestatori di lavoro*, in *Commentario del Codice Civile*, E. GABRIELLI, (a cura di), UTET, 2013.

<<utilizza, assume o impiega manodopera>>, <<termine semanticamente legato alla manualità e generalmente alla prestazione di lavoro privo di qualificazione (tanto che, ove le qualità manuali e realizzative aumentino, si parla di “manodopera specializzata”), nome collettivo all'interno del quale l'individuo e le sue capacità perdono significato a fronte della potenzialità produttiva che il gruppo di lavoratori può esprimere>>.

E' evidente che la Cassazione abbia scelto di accordare un dirimente significato al sostantivo “manodopera”, legando a doppio filo la punibilità datoriale (o del “committente”, in assenza di lavoro subordinato) allo sfruttamento di lavori meramente manuali (*rectius*: mansioni operaie), siano essi svolti <<in ambito agricolo o artigianale o industriale>>.

Lo sfruttamento della manodopera - conclude la sentenza - per forza di cose <<è estraneo al lavoro intellettuale, tanto se esercitato in forma subordinata che nella libera professione, poiché l'intelletto ed il suo uso costituiscono elemento identitario ed individualizzante che non può essere svilito, disperdendolo nella categoria generica della manodopera>>.

Sennonché, in un mondo del lavoro caratterizzato dalla subordinazione che si concreta in <<un'ingerenza, idonea a svilire l'autonomia del lavoratore¹⁹>>, dall'esercizio del potere direttivo a mezzo algoritmico²⁰ e dalla <<terra di mezzo dai confini labili>>²¹ delle collaborazioni “etero-organizzate” dal committente²², occorre interrogarsi sulla sostenibilità giuridica dell'ipervalutazione del sostantivo “manodopera”.

A tal proposito, senza con ciò voler addentrarsi troppo nella ricostruzione semantica del termine “manodopera”, si rileva che non si ha affatto una univocità di significati, atteso che, secondo l'enciclopedia Treccani, esso sta a significare <<complesso di persone che prestano

19 Così Corte cost., sentenza n. 76 del 2015: «il potere direttivo...si sostanzia nell'emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indole generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in un controllo costanti, in un'ingerenza, idonea a svilire l'autonomia del lavoratore».

20 Tra i tanti che hanno trattato il tema, in un'ottica di valorizzazione dei rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si rimanda a S. CAIROLI, *Intelligenza artificiale e sicurezza sul lavoro: uno sguardo oltre la siepe*, in *Dir. Sic. Lav.*, 2024, n. 2.

21 Icastica espressione utilizzata dalla Cassazione, sez. lav., n. 1663/2020, in merito al lavoro etero-organizzato svolto dai *riders*.

22 Nell'enorme profluvio dottrinale che, in stagioni diverse, ha ricostruito la natura e l'atteggiarsi dell'art. 2 del D.lgs. n. 81/2015, si rimanda a G. SANTORO – PASSARELLI, *la subordinazione in trasformazione*, in *Lav. Dir. Eur.*, n. 3/2021; ID, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, n. 3, p. 771 ss.; M. MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2020, p. 1 ss.; G. PROIA, *Il lavoro autonomo continuativo e le collaborazioni “organizzate” tra esigenze di tutela e contrasto agli abusi*, in *Liber Amicorum di Giuseppe Santoro- Passarelli. Giurista della contemporaneità*, 2018, Vol. I, p. 494 ss.; A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Milano, 2018; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2016, I; P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, D.lgs. n. 81/15: una norma apparente?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, p. 6; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, n. 282/2015; D. MEZZACAPO, *L'incerta figura delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, Vol. I.



lavoro subordinato in uno o più settori di attività produttiva>>, mentre per Garzanti indica il <<complesso di persone che compiono un lavoro subordinato, per lo più manuale>>. Sicchè, l'interpretazione letterale - *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* – muove, forse, da un assunto tutt'altro che granitico.

Comunque sia, tralasciando l'argomentazione della Suprema Corte, non ci si può esimere dall'ammonire il lettore che l'affermazione di tale ricostruzione restrittiva potrebbe portare ad escludere in radice l'applicabilità dell'art. 603 bis c.p. ad una serie di prestazioni lavorative “ad ibrida natura intellettuale”, come ad esempio quelle rese nei *call center* “inbound” e/o “outbound”²³, le mansioni legate al *back office* aziendale, le professioni sanitarie svolte da OSS, ADB, OSA e OTA²⁴.

In tutti questi casi, infatti, il più delle volte siamo in presenza di mansioni intellettuali “elementari e ripetitive”²⁵, attratte nella dipendenza economica dei rapporti autonomi continuativi, tutt'altro che al riparo dallo svilimento e dell'alienazione che – a giudizio della Cassazione n. 43662 – può inquinare unicamente la “manodopera”.

In conclusione, anche alla luce dei rischi applicativi connessi alla massima enucleata in quest'ultima pronuncia di legittimità, appare evidente la necessità di un *restyling* normativo che sia volto ad evitare l'affermazione di una rigida soluzione ermeneutica, che trascina con sé il dubbio di una visione anacronistica del concetto di sfruttamento.

23 In tema, sia consentito un rimando a E. ERARIO BOCCAFURNI, *Il lavoro etero-organizzato nei call center*, in *Lavoro e Prev. Oggi*, 7-8/2019, p. 432 ss.

24 A proposito di lavoro svolto da OSS, formalmente inquadrati come co.co.co. in seno a cooperative e riqualificati come lavoratori subordinati, si segnala l'interessante Corte di Appello di Firenze 14 agosto 2023, n. 254: <<quanto alla facoltà dei formali collaboratori di accettare o meno i singoli incarichi senza conseguenze in caso di rifiuto, rileva il collegio come essa non valga ad escludere l'esistenza del vincolo di subordinazione, giacché ogni lavoratore è libero di accettare o meno una proposta di lavoro avanzata da un datore e l'esistenza del vincolo di subordinazione deve accertarsi in costanza del rapporto negoziale (e per la durata dei singoli rapporti). Si tratta di principi affermati da ultimo dalla decisione 13 febbraio 2018, n. 3457, della Corte di cassazione, secondo cui <<la predisposizione e l'assoggettamento sono la descrizione del contenuto del rapporto, nel suo materiale svolgimento. Il fatto che il lavoratore sia libero di accettare o non accettare l'offerta e di presentarsi o non presentarsi al lavoro e senza necessità di giustificazione, non attiene a questo contenuto, bensì è esterno, sul piano non solo logico bensì temporale (in quanto precede lo svolgimento). Tale fatto è idoneo solo(eventualmente) a precludere (per l'assenza di accettazione) la concreta esistenza d'un rapporto (di qualunque natura); e comporta la conseguente configurazione di rapporti instaurati volta per volta (anche giorno per giorno), in funzione del relativo effettivo svolgimento, e sulla base dell'accettazione e della prestazione data dal lavoratore. L'accettazione e la presentazione del lavoratore, espressioni del suo consenso, incidono (come elemento necessario ad ogni contratto) sulla costituzione del rapporto e sulla sua durata: non sulla forma e sul contenuto della prestazione (e pertanto sulla natura del rapporto)”. A tali principi, cui il collegio convintamente aderisce, deve quindi conformarsi anche la presente decisione>>.

25 Si intende richiamare la copiosa giurisprudenza in merito all'esercizio del potere direttivo in presenza di mansioni “elementari e ripetitive”, cfr. Cass., sez. lav., n. 23371/2022; Cass., sez. lav., n. 17384/2019; Cass., sez. lav., n. 18271/2010.

3. La questione retributiva e la manifesta obsolescenza del principale indice normativo di sfruttamento lavorativo

L'astensionismo legislativo che atavicamente contraddistingue l'ordinamento intersindacale²⁶ italiano e le incertezze del sistema di relazioni industriali che da esso discendono rendono particolarmente complessa l'interpretazione del più importante indice di sfruttamento positivizzato dal legislatore.

Al numero 1) del terzo comma dell'art. 603 bis c.p.²⁷, infatti, è contenuta la seguente condizione <<la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato>>.

Tale indice, analizzato in ogni suo aspetto dalla sentenza della Cassazione n. 2573 del 22 gennaio 2024, segna indubbiamente il punto di maggior frizione tra la norma penale e l'ordinamento giuslavoristico ed ha suscitato negli operatori – civilisti e penalisti che siano – una serie di domande a cui partitamente si proverà a rispondere:

A quale <<retribuzione>> fa riferimento la norma? La suddetta Cassazione ha chiarito che <<il termine si riferisce a qualsiasi obbligazione corrispettiva sorta da un contratto avente ad oggetto una prestazione lavorativa pattuita approfittando dello stato di bisogno del lavoratore. Si pensi al corrispettivo per i lavoratori eteroorganizzati, tirocinanti, stagisti etc. e a tutte le attività che esulano dall'applicazione di qualsiasi contratto collettivo di lavoro>>. E' di tutta evidenza che la ratio della pronuncia – del tutto condivisibile, atteso che l'art 603 bis c.p. non tutela unicamente i lavoratori subordinati – sia quella di evitare un'ingiustificabile disparità di trattamento tra prestatori la cui attività è riconducibile alla contrattazione collettiva e lavoratori che non vi rientrano. La “retribuzione” nella norma penale in parola è pertanto un tutt'uno con il più generico concetto di “emolumento”.

Sennonché, non ci si può esimere dal far presente che il riferimento al lavoro etero-organizzato, operato dalla Suprema Corte, ancorché pragmaticamente si possa comprendere nella sostanza, formalmente è improprio: a questi lavoratori, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, <<si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato>> e dunque è indubbio che la loro retribuzione sia disciplinata da un Contratto collettivo (assunto interpretativo non smentito dall'univoca giurisprudenza sviluppatasi su questa peculiare forma di lavoro

26 Il riferimento è alla “teoria dell'ordinamento intersindacale”, come elaborata da G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, 1977; per una sua moderna rilettura M. RUSCIANO, *Autonomia collettiva e conflitto tra costituzione e complessità*, in G. PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive*, Giuffrè, 2015, 19.

27 Cfr. V. TORRE, *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis c.p. tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *QuestioneGiustizia.it*.

parasubordinato²⁸).

Cosa si intende per <<reiterata corresponsione di retribuzioni>>? si osserva che prima dell'entrata in vigore della L. n. 199/2016 la corresponsione descritta nell'art. 603 bis c.p. era "sistematica"²⁹ e non "reiterata", ciò significa che per inverare oggi il presupposto normativo non è più necessaria una paga costante ma basta <<una seconda retribuzione per superare la soglia della punibilità. Non c'è sfruttamento, di conseguenza, per una mera sommatoria di condotte episodiche in danno di lavoratori diversi>>³⁰.

Quando la retribuzione è <<palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali>>? il senso della disposizione è per forza di cose duplice. Anzitutto la "palese difformità" tra previsione contrattuale collettiva nazionale o territoriale e retribuzione effettiva si ha allorquando <<appare evidente e riscontrabile, in primo luogo, che la retribuzione effettiva corrisposta ai lavoratori in stato di bisogno, rispetto al quantum previsto dai contratti collettivi, dimostri un tale scostamento da ritenere che una reale rappresentanza sindacale, nazionale o territoriale, di entrambe le parti sociali, nelle date condizioni storiche ed economiche, non l'avrebbe di certo condivisa>>. In altri termini, interpretando la Cassazione n. 2573, vi è sfruttamento nel momento in cui risulta *ictu oculi* evidente lo scostamento tra la retribuzione effettivamente percepita e quella tabellare del contratto collettivo, avendo cura di operare una corretta operazione di sussunzione della mansione svolta nel livello contrattuale.

Inoltre, è importate tenere presente che la "palese difformità" rispetto alle determinazioni della contrattazione collettiva – al pari di quanto si dirà a proposito della sproporzione retributiva – è un concetto che non si lega unicamente al mero raffronto con la retribuzione tabellare, dal momento che la sproporzione in questione può originare anche dal *quantum* di ore retribuite rispetto alle lavorate, dalla mancata corresponsione dell'indennità di lavoro straordinario, nonché quella legate al notturno e al festivo.

Chiarito in che termini debba essere condotta l'indagine in merito alla "palese difformità", si rappresenta che il riferimento operato ai <<contratti collettivi nazionali o territoriali>> è un elemento di "mancato dialogo" tra la norma penale e l'attuale corso dell'ordinamento giuslavoristico.

A tal proposito, si rileva che l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 - che per taluni rappresenta una

28 Si rimanda a Cass., sez. lav., n. 1663/2020 e alle successive pronunce di merito: Trib. Firenze 24 novembre 2021, n. 781; Trib. di Milano 20 aprile 2022, n. 1018; Tribunale Palermo 3 aprile 2023; Trib. Palermo 17 novembre 2023; Trib. di Milano 19 ottobre 2023 e Trib. Civitavecchia del 15 maggio 2024.

29 L'indice n. 1 dell'art. 603 bis c.p. precedentemente alla sua riforma del 2016 era il seguente: <<la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato>>.

30 Cfr. Cass. pen., 13 dicembre 2021, n. 45615.

vera e propria “norma di sistema”³¹ – come noto abilita i <<contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale>> ad esercitare le numerose deleghe implicite ed esplicite contenute nello stesso decreto.

Sennonché, l’art. 603 bis c.p. ha scelto di non menzionare la contrattazione collettiva aziendale, escludendo quindi un livello di contrattazione di estrema importanza specie in relazione al tema retributivo. Una scelta del legislatore che – consapevole o meno che sia stata – non tiene conto del lungo processo di aziendalizzazione delle relazioni industriali³², il quale vede nella contrattazione cd. “multilivello” ex art. 51, d.lgs. n. 81/2015, e nella contrattazione cd. “di prossimità”, ex art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. dalla legge 14 settembre 2011, n. 148³³, o nella contrattazione collettiva cd. “in deroga” ex art. 2, comma 2 let. a) del d.lgs. n. 81/2015, i momenti di sua massima espansione, tutt’altro che rallentata al giorno d’oggi.

Da qui una possibile criticità legata alla poca certezza operativa per tutte quelle imprese che hanno scelto di non affidare alla contrattazione collettiva nazionale o territoriale la definizione dei trattamenti retributivi per le proprie risorse umane.

Come intendere il riferimento alla sproporzione retributiva <<rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato>>? Si tratta di un concetto ampio e che si lega a doppio filo con il precetto costituzionale interno all’art. 36 della Costituzione. In estrema sintesi, la sproporzione retributiva non si appiattisce sulla soglia di povertà assoluta (che invero rimane un indice secondario da prendere in considerazione), ogni anno definita dall’ISTAT, né sulla mera rispondenza formale tra la paga corrisposta e quella indicata nelle tabelle retributive dei CCNL³⁴.

31 Cfr. M. LAI, *Una “norma di sistema” per contrattazione e rappresentanza*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, n. 1; ma anche P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, n. 2.

32 In termini di “aziendalizzazione”, si sono espressi V. BAVARO, *L’aziendalizzazione nell’ordine giuridico-politico del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 2019, 1, p. 213 ss.; V. C. ROMEO, *Il processo di aziendalizzazione della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, n. 4/5.

33 Nell’impossibilità di richiamare tutto il profluvio dottrinale in materia di contrattazione di prossimità, si rimanda a R. PESSI, *Ancora sull’articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 1, p. 60 ss.; A. TURSI, *L’art.8 della legge n.148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge ed autonomia collettiva*, in *Dir. Rel. Ind.*, 4, 2103, p. 958 ss.; E. GHERA, *L’articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP.CSDLE Massimo D’Antona.it*, 202/2014; A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l’art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011 n.138*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 21 ss. Da ultimo, cfr. E. ERARIO BOCCAFURNI e P. RAUSEI, *Contratti di prossimità: fra giurisprudenza e prassi amministrativa*, in *Dir. e Prat. Lav.*, 2021, n. 23, p. 1449 ss.

34 La Cassazione n. 2573 del 22 gennaio 2024 a tal proposito si esprime in questi termini: <<Tale sproporzione nel caso concreto non va colta, come invece prospetta la difesa dei ricorrenti, con un semplice raffronto tra la somma oggetto di effettiva retribuzione e quella astrattamente prevista dal contratto collettivo di lavoro, ma tra la quantità e qualità del lavoro prestato e quindi tenendo conto dell’attività, delle complessive condizioni di lavoro, e della determinazione delle ore di lavoro prestate rispetto a quanto previsto contrattualmente>>



In buona sostanza non vi è proporzione tra retribuzione e lavoro prestato quando l'importo del corrispettivo non assicurerebbe al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera dal bisogno che lo ha costretto ad accettare quelle date condizioni di lavoro.

Inoltre, senza voler anticipare quanto sarà oggetto di trattazione nel paragrafo che segue, la Cassazione in parola ha chiarito che <<la proporzione tra l'obbligazione retributiva e la qualità e quantità del lavoro prestato, quale limite costituzionale volto a garantire equità e dignità, deve essere mantenuta anche quale metro della difformità e deve prevalere "comunque" anche su una contrattazione collettiva che ipoteticamente non l'abbia rispettata. L'autonomia delle parti sociali non può infatti derogare al principio della retribuzione quale soglia minima di dignità umana e sociale, personale e familiare, espressione degli artt. 2, 3, 4, 36 e 41 Cost>>: in altri termini, la Suprema Corte penale, questa volta in maniera adesiva rispetto agli arresti dei pari colleghi lavoristi, apre al possibile controllo giudiziale delle retribuzioni interne ai contratti collettivi senza operare distingu in merito alla "qualità" dei soggetti collettivi sottoscrittenti.

3.1. L'attuale tensione del sistema di relazioni industriali, la delicata "scelta" del CCNL da prendere in riferimento

Nel paragrafo che precede si è rilevato come nel primo indice di sfruttamento lavorativo si sia scelto di escludere ogni riferimento alla contrattazione collettiva aziendale.

Sicché, preliminarmente all'esame delle questioni relative alla tecnica di selezione dei soggetti collettivi, si osserva altresì che tale indice formalmente non pare ricomprendere neanche la contrattazione collettiva cd. "in deroga", ex art. 2, comma 2 lett. a) del d.lgs. n. 81/2015.

Quest'ultimo articolo, infatti, fa riferimento <<alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale>>.

In realtà, al netto di future interpretazioni giurisprudenziali particolarmente restrittive, ci si sente di assicurare gli operatori, i quali – almeno sui tanti accordi in deroga presenti specie nel settore *call center*³⁵ e *rider*³⁶ – non dovrebbero nutrire grossi dubbi, ritenendosi irrazionale

35 Taluni accordi in deroga settore rider: «contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui, svolta da lavoratori autonomi, c.d. rider», del 09.09.2020, sottoscritto tra Assodelivery ed UGL RIDER; l'accordo nazionale per gli «Shoppers», del 19.02.2024, sottoscritto da Assogrocery - unitamente a FILCAMS-CGIL, FISASCAT-CISL e UILTEMP-UIL - per le imprese che svolgono un servizio di spesa online attraverso l'ausilio di piattaforme digitali;

36 Accordi in deroga settore *call center*: <<Accordo collettivi nazionale per i collaboratori telefonici dei call center>>, firmato da Assocal e UGL terziario del 6.07.2015, poi del 1° marzo 2018; <<CCNL aziende di call center>>, del 20.09.2021, firmato da CONFLAVORO PMI, Fesica-Confsal; «Accordo collettivo per la disciplina

una loro esclusione come fonti utili a constatare la “palese difformità” retributiva.

Comunque sia, fermo restando quanto precede, il vero problema per datori e consulenti è oggi costituito dalla selezione dei <<contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale>> e dalla impossibilità di potersi dire con certezza “al riparo” da imputazioni penali anche in tutti quei casi in cui la corresponsione delle paghe sia in linea con le tabelle retributive accluse a quei contratti.

Procedendo con ordine, in relazione a quest’ultimo aspetto, si ricorda che nell’ottobre del 2023 la Sezione lavoro della Suprema Corte, con tre ampie³⁷ ed identiche sentenze depositate nel medesimo giorno³⁸, in riferimento al Ccnl *Vigilanza privata e servizi fiduciari* ha concluso per l’illegittimità della retribuzione ivi fissata, in ragione della contrarietà ai principi di proporzionalità e sufficienza di matrice costituzionale in tema di giusta retribuzione (art. 36 Cost.). Sicché la Cassazione, in relazione ad un CCNL siglato da Organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative nel Paese (*rectius*: contrattazione di “qualità” e non “pirata”), adesiva rispetto all’orientamento di merito consolidatosi in materia³⁹, ha messo in discussione il ruolo di “autorità salariale”⁴⁰ dei CCNL *leader*⁴¹, superando così la presunzione di adeguatezza della retribuzione prevista da questi ultimi, finanche nel caso in cui via sia una legge ad obbligarne l’applicazione (come avviene, ad esempio, in relazione al lavoro svolto

delle collaborazioni nelle attività di vendita di beni e servizi e di recupero crediti realizzati attraverso call center outbound», firmato da Assotelecomunicazioni-Assstel, Assocontact, SLC-Cgil, Fistel-Cisl, Uilcom-UIL del 31.07.2017.

37 Viene qui svolta un’articolata dissertazione in merito agli “indici” da tenere in considerazione per la determinazione del parametro della giusta retribuzione, tra cui la soglia di povertà Istat, l’ammontare dell’importo NASpI, il trattamento Cig e il Reddito di Cittadinanza.

38 Cass., sez. lav., 2 ottobre 2023 nn. 27713, 27769 e 27771; v. anche nota a sentenza di P. B. PASQUALICCHIO, *Un passo avanti verso una maggiore tutela giurisdizionale del lavoro povero*, in *Labor*, 1° novembre 2023.

39 *Ex multis*, Trib. Milano, sez. lav., 22 marzo 2022, n. 673; con nota di B. DE MOZZI, *Ancora sull’inadeguatezza dei minimi previsti dal CCNL vigilanza privata, sezione Servizi fiduciari*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2022, p. 1089; Trib. Catania, sez. lav., 21 luglio 2023, con nota di G. FALASCA, *Troppo bassa la paga oraria nel Ccnl vigilanza privata*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 agosto 2023; più di recente Corte di Appello di Milano, sez. lav., 3 gennaio 2024, n. 960. Tra le altre Trib. Milano, sez. lav., 31 gennaio 2023, n. 268; Trib. Milano, sez. lav., 27 gennaio 2023, n. 253; Trib. Milano, sez. lav., 4 ottobre 2022, n. 2265.

40 In questi termini T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *Biblioteca ‘20 Maggio’*, 2019, 1, p. 141; anche G. FALASCA, *I CCNL non sono depositari della retribuzione equa*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 febbraio 2024; In tema, si rimanda a M. D’ORIANO, *La contrattazione collettiva e i salari insufficienti*, in *Lav. Dir. Eur.*, 4/2024.

41 Per un’ampia analisi del tema, si rimanda a E. TARQUINI, *La giurisprudenza di fronte alla crisi del contratto collettivo come parametro della retribuzione proporzionata e sufficiente: nuovi percorsi di applicazione diretta dell’art. 36 Cost.*, in *Salario minimo e salario giusto*, G. Giappichelli, Torino, 2023.



nelle cooperative⁴², ovvero per i lavoratori degli enti del Terzo settore, per quelli del trasporto aereo, per i lavori per i quali trova applicazione il nuovo Codice dei contratti pubblici).

La vicenda del CCNL servizi fiduciari è un monito in relazione al meccanismo punitivo descritto dall'art. 603 bis c.p.: non esistono contratti collettivi, neanche quelli prodotti dalle sigle sindacali comparativamente più rappresentative, il cui rispetto tiene *tout court* il datore lontano da avvisi di garanzia.

Occorre cautela e grande ponderazione nell'odierno assetto delle relazioni industriali italiane, che indubbiamente vive un momento di "tensione" specie da un punto di vista retributivo.

Venendo poi ad un aspetto ancor più problematico, ovvero quello della individuazione dei contratti collettivi (<<*stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale*>>) a cui fa riferimento il primo indice dell'art. 603 bis c.p., si rappresenta anzitutto che il concetto della "maggiore rappresentatività" è obsoleto di ormai oltre venti anni.

La maggiore rappresentatività, infatti, sino al referendum abrogativo del 1995 è stato un criterio guida della lettera A) dell'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori, oggi totalmente soppiantato dal criterio della maggiore rappresentatività "comparata".

In tal senso, esemplificativa è la tecnica di selezione delle OO.SS. interna all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015⁴³, all'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023 (cd. "Codice dei contratti pubblici"), al comma 1-bis aggiunto all'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 dal d.l. n. 19/2024 (sulla responsabilità solidale negli appalti).

Inoltre, come si evince dal XXV Rapporto CNEL *"Mercato del lavoro e contrattazione collettiva"*, si deve tenere in debita considerazione che sono ben 971 i CCNL pienamente vigenti alla data del 31.12.2023 nel settore privato, tra cui 59 nel settore agricolo e addirittura 239 nel "terziario e servizi".

Tutto ciò palesa una insostenibile obsolescenza ed inadeguatezza dell'attuale indice n. 1) interno al 603 bis c.p. innanzi alle descritte peculiarità delle relazioni industriali italiane.

In altri termini, allo stato attuale un imprenditore del terziario, non opportunamente consigliato, potrebbe essere portato a scegliere "con leggerezza" uno delle centinaia di CCNL che insistono nel settore, con tutto ciò che può conseguirne sul versante penale. Nondimeno, un imprenditore agricolo potrebbe "a torto" applicare uno dei 59 CCNL del settore agricolo.

Non da ultimo, è opportuno dare atto di una peculiare interpretazione dell'Ispettorato

⁴² In questi termini già Cass., sez. lav., 31 maggio 2022, n. 17698; Cass., sez. lav., 21 febbraio 2020, n. 4622, ord.; Cass., sez. lav., 9 aprile 2019, n. 9862; Cass., sez. lav., 1° aprile 2019, n. 9005; Cass., sez. lav., 12 marzo 2019, n. 7047; Cass., sez. lav., 21 febbraio 2019, n. 5189.

⁴³ Si rimanda nuovamente a P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, n. 2.

Nazionale del Lavoro che, con la Circolare INL n. 5/2019, pragmaticamente suggerisce una rivisitazione evolutiva dell'interpretazione del mero dato letterale dell'art. 603 bis: <<Il riferimento ai contratti collettivi è evidentemente da intendersi ai contratti sottoscritti dalle organizzazioni "comparativamente" più rappresentative, il che costituisce elemento di maggior garanzia per i lavoratori. Ciò anche in ragione del fatto che ogni altra disposizione di legge emanata negli ultimi decenni, che richiede l'applicazione di contratti collettivi a diversi fini, fa espresso riferimento ai contratti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali "comparativamente più rappresentative a livello nazionale">>. E' di tutta evidenza, però, che quest'ultima lettura della norma, ancorché sia la più garantista per entrambe le Parti del rapporto di lavoro, finisce per esplicitare più che altro un efficace azione di "*moral suasion*" nel mercato del lavoro, di cui l'INL è terzo garante⁴⁴.

Concludendo l'analisi dell'indice in questione, ci si limita a rappresentare che sulla questione retributiva si registra la maggiore frizione tra l'ordinamento penalistico e quello lavorista, la quale, in fin dei conti, origina sempre dal fenomeno del <<"lavoro povero", ovvero di "povertà nonostante il lavoro", principalmente dovuto, come si è detto, alla concorrenza salariale "al ribasso" innescata dai fattori suindicati, in particolare dalla molteplicità dei contratti all'interno della stessa contrattazione collettiva; la quale, pur necessaria, quale espressione della libertà sindacale e per la tutela dei diritti collettivi dei lavoratori, può entrare in tensione con il principio dell'art. 36 della Costituzione che essa stessa è chiamata a presidiare per garantire il valore della dignità del lavoro>> (Cass. civ., sez. lav. 2 ottobre 2023, nn. 27713, 27769 e 27771).

D'altronde, come ci ha ricordato uno dei Maestri di questa materia, <<il diritto che dal lavoro trae nome e ragione, se vuole conservare la sua funzione di tutela della dignità del lavoratore, non deve cadere nella facile e ambigua illusione di trasformarsi o diventare una parte del diritto dell'economia>>⁴⁵.

4. Le nuove forme di caporalato e i "rimedi" del codice antimafia

I dati diffusi dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro sui risultati dell'attività di vigilanza svolta nell'anno 2023⁴⁶ restituiscono una interessante fotografia della morfologia del

44 A proposito di INL e contrattazione collettiva, cfr. M. MANUALI e E. ERARIO BOCCAFURNI, *Potere di disposizione e applicazione del CCNL*, in *Dir. e Prat. Lav.*, 2024, n. 16, p. 1001 ss.

45 G. SANTORO – PASSARELLI, *G. Santoro – Passarelli la Persona e il Giurista*, Jovene editore, Napoli, 2019, p. 114.

46 I dati sono fruibili in open access sul sito istituzionale dell'Agenzia: <https://www.ispettorato.gov.it/attivita-studi-e-statistiche/monitoraggio-e-report/rapporti-annuali-sullattivita-di-vigilanza-in-materia-di-lavoro-e-previdenziale/>. A tal proposito, si ricordano i numeri della forza ispettiva italiana, che costituiscono un primato europea per risorse umane in campo: <<Il numero di ispettori in forza al 31 dicembre 2023 è pari a 4.768 unità

caporalato e dello sfruttamento lavorativo in Italia. Nonostante i fenomeni accertati rappresentino un esiguo campione dei quasi 110 mila lavoratori tutelati nell'anno 2023, dai grafici che seguono – anche utili ad un rapido e complessivo raffronto tra l'attività svolta dall'Agenzia negli anni 2022 e 2023 – si comprende come quello agricolo sia una *species* del più ampio problema del caporalato.

Settore produttivo	Lavoratori a cui si riferiscono le violazioni accertate	di cui tramite le disposizioni impartite	Lavoro Nero (Lav.)	di cui lavoratori extra comunitari sprovvisti di permesso di soggiorno	Caporalato / Sfruttamento art 603bis cp (Lav.)	Fenomeni interpositori (Lav.)	Distacco Transnazionale (Lav.)	Tutela Minori (Lav.)	Riqualificazione (Lav.)	Lavoratrici madri e pari opportunità (Lav.)	Orario di lavoro (Lav.)
Agricoltura	7.915	465	1.668	146	2.123	165	6	3	6	9	922
Industria	21.138	11.569	2.005	189	176	876	3	5	178	16	1.816
Edilizia	12.423	3.032	2.666	228	12	1.263	129	6	457	6	378
Terziario	62.059	11.396	10.156	395	897	8.773	163	112	1.406	217	4.218
ND	1.311	0	249	12	0	371	23	0	62	3	82
TOTALE	104.846	26.462	16.744	970	3.208	11.448	324	126	2.109	251	7.416

Tabella 7. Principali fenomeni indagati nell'anno 2023.

Settore produttivo	Lavoratori a cui si riferiscono le violazioni accertate	di cui tramite le disposizioni impartite	Lavoro Nero (Lav.)	di cui lavoratori extra comunitari sprovvisti di permesso di soggiorno	Caporalato / Sfruttamento art 603bis cp (Lav.)	Fenomeni interpositori (Lav.)	Distacco Transnazionale (Lav.)	Tutela Minori (Lav.)	Riqualificazione (Lav.)	Lavoratrici madri e pari opportunità (Lav.)	Orario di lavoro (Lav.)
Agricoltura	7.174	669	2.195	290	758	476	0	15	66	3	504
Industria	18.160	10.742	1.999	436	141	1.084	13	10	131	20	1.485
Edilizia	12.183	1.822	2.712	228	5	1.893	148	7	320	2	725
Terziario	72.456	34.455	8.000	252	147	9.629	182	131	1.721	177	4.696
TOTALE	109.973	47.688	14.906	1.206	1.051	13.082	343	163	2.238	202	7.410

Tabella 8. Principali fenomeni indagati nell'anno 2022.

Ebbene, volendo tentare una semplificazione (in quanto tale evidentemente lacunosa) per macro-categorie concettuali, si potrebbe così procedere:

-il caporalato agricolo, al cui interno annoverare il preoccupante fenomeno delle cooperative e delle aziende agricole “senza terra”;

(+19% rispetto al 2022) di cui: 3.222 ispettori civili dell'INL, dei quali 877 tecnici; 828 ispettori dell'INPS; 200 ispettori dell'INAIL; 518 militari dell'Arma>>>.



-il caporalato “urbano”, che coinvolge il settore edile, il *fashion market*, la cantieristica navale (vd. la moltitudine di casi accertati nella regione marche nel 2023), il facchinaggio, taluni servizi della logistica connessi alla grande distribuzione organizzata;

-il caporalato “digitale”, quasi del tutto coincidente con il mercato del *delivery* e delle consegne *e-commerce* a domicilio.

A tal proposito, nel 2022 la Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di lavoro in Italia chiariva che <<L’ingresso massiccio dell’utilizzo delle tecnologie digitali ha incoraggiato l’espansione delle imprese, soprattutto nel settore logistico dove è attualmente presente un processo di estrazione del profitto dal lavoro che catalizza la precarietà dell’occupazione attraverso lo sviluppo del fenomeno dell’intermediazione illegale della forza lavoro e del meccanismo delle finte cooperative. Un fenomeno sfruttato soprattutto dalle multinazionali al quale occorre prestare particolare attenzione vista la sua rapida estensione anche ad altri settori quali quello manifatturiero e dei servizi>>⁴⁷.

Nei paragrafi che seguono si avrà modo di tornare su talune forme di caporalato urbano e digitale, traendo spunto dalle misure di prevenzione adottate dai Tribunali in ottemperanza al Codice delle leggi antimafia, ovvero il d.lgs. n. 159/2011⁴⁸ cd. “CAM”, ampiamente rivisitato dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161.

Per una serie di reati lucro genetici - ovvero l’estorsione, l’usura, il riciclaggio, l’impiego di denaro di provenienza illecita, oltre che l’art. 603 bis c.p. – il C.A.M. ha infatti previsto “i rimedi” dell’amministrazione giudiziaria (art. 34) e del controllo giudiziario di attività a rischio di infiltrazione mafiosa (art. 34 bis), istituti contraddistinti da *rationes* ben diverse dalla confisca, volti al recupero della realtà economiche e alla loro immediata bonifica.

Entrando nello specifico, l’art. 34 del dispone che qualora sussistano sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente atto ad agevolare l’attività di persone <<sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all’articolo 4, comma 1, lettere a), b) e i-bis), del presente decreto, ovvero per i delitti di cui agli articoli 603-bis, 629, 644, 648-bis e 648-ter del codice penale>>, il competente Tribunale è tenuto a disporre <<l’amministrazione giudiziaria delle aziende o dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività>>.

47 In questi termini la Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di lavoro in Italia, sullo sfruttamento e sulla sicurezza nei luoghi di lavoro privati e pubblici, Relazione sull’attività svolta del 20 aprile 2022, in Senato.it (Doc. XXII-bis, n. 9), pag. 32.

48 Decreto legislativo emanato successivamente alla legge delega 13 agosto 2010, n. 136, ove il legislatore era stato a delegato alla “redazione di un testo unico, che dovrebbe porsi come un vero e proprio codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione ed esaurire in sé tutta la disciplina della materia al fine di riordinare e innovare la normativa antimafia, ivi compresa quella già contenuta all’interno del codice penale e del codice di procedura penale, nonché quella relativa alle misure di prevenzione, frutto di una copiosa e frammentaria produzione legislativa, stratificatasi nel corso degli anni in numerosi provvedimenti”.

con la relativa nomina dell'amministratore giudiziario che <<può esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal tribunale>>.

Come è stato attentamente osservato, si tratta in sostanza di "più duttili strumenti di bonifica aziendale in alternativa a quelli ablatori", necessitati dalla moderna vocazione imprenditoriale delle mafie e della dimostrata abilità delle organizzazioni criminali di insinuarsi in realtà imprenditoriali sane⁴⁹.

Si ritiene, pertanto, che l'articolo 34 consenta un intervento nella gestione societaria non implicante necessariamente l'impossessamento totale dell'attività di impresa e/o l'assunzione integrale dei poteri di gestione, attesa la facoltà (e non l'obbligo) per l'amministratore giudiziario di esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione secondo le modalità stabilite dal Tribunale⁵⁰.

E' unicamente quest'ultima istituzione che valuta le concrete modalità di intervento in base al grado di infiltrazione delittuosa, in rapporto alle dimensioni della società e alla necessità di salvaguardare la continuità aziendale ed i livelli occupazionali: il controllo da parte del Tribunale sugli organi gestori, per esempio, potrebbe limitarsi alla sostituzione delle figure di controllo interno, lasciando il normale esercizio di impresa in capo ai medesimi amministratori.

Inoltre, sul piano del profilo soggettivo richiesto per l'applicazione della misura di prevenzione, come osserva il Tribunale di Milano, <<il soggetto terzo debba porre in essere una condotta censurabile quantomeno su un piano di rimproverabilità "colposa" – quindi negligente, imprudente o imperita – senza che ovviamente la manifestazione attenga il profilo della consapevolezza piena della relazione di agevolazione (tale ultimo caso, infatti, è ascrivibile nella cornice dolosa del diritto penale, ad ipotesi concorsuali o, quantomeno, favoreggiatrici)>>⁵¹.

Evidentemente per la "rimproverabilità colposa" è sufficiente un contributo agevolatore nella perpetrazione dei reati tassativamente indicati nell'art. 34 in questione, che origina dalla

49 M. VULCANO, *La Compliance 231 nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali: il Caso Uber*, in *Sistema* 231, n. 2/2022; ID., *la prevenzione mite: amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario ex artt. 34 e 34 bis del codice antimafia*, in *Rivista di studi e ricerca sulla criminalità organizzata*, vol. 7, n. 3/2021; ID., *le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in www.giurisprudenzapenale.com; ID., *Le modifiche del Decreto Legge 152/2021 alla prevenzione antimafia penale e amministrativa: da una rigida dimensione sanzionatoria a una dimensione dialogante e recuperatoria delle imprese*, in *Percorsi Penali*, 04.12.2022.

50 Cfr. Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 2021, n. 24678; Cass. pen. 11 febbraio 2021, n. 20949; Cass. pen. 22 aprile 2021, n. 31831.

51 Trib. Milano, Sezione autonoma misure di prevenzione, decreto 3 aprile 2024, Pres. ed est. Pendino, in *Foro It.*, "Made in Italy e caso Armani: inadempimento dell'obbligo di controllo della catena produttiva e consequenziale applicazione della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria".



condotta negligente, imperita o imprudente, escludendosi per forza di cose un coinvolgimento diretto e la piena consapevolezza dell'imprenditore (o della persona giuridica) dell'altrui condotta illecita. Viceversa si concretizza il favoreggiamento, da cui potrebbe scaturire il sequestro e/o la confisca⁵².

5. Nel *fashion market* il caporalato scorre lungo la catena degli appalti *labour intensive*

E' da tempo noto che il caporalato abbia contaminato il settore del *fashion market*, specie negli opifici presenti in talune zone della Toscana, della Lombardia e delle Marche.

A tal proposito, sono esemplificativi due recenti decreti con cui, procedendo nei confronti di aziende <<rappresentative del cd. *Made in Italy* tanto apprezzato all'estero>>⁵³, il Tribunale di Milano - sezione autonoma misure di prevenzione - ha applicato in due distinti casi la misura della amministrazione giudiziaria ex art. 34 del d.lgs. n. 159/2011.

L'agevolazione colposa rappresenta il tratto comune di entrambi i decreti, al pari dei formali divieti di porre in essere rapporti di sub-appalto interni ai contratti di fornitura sottoscritti dalle due grandi *griffe* di moda in questione: <<sebbene la produzione delle varie categorie dei beni fosse ufficialmente affidata a determinate s.r.l., con le quali la s.p.a. ha sottoscritto contratti generali per le per la fornitura di borse, cinture e altre pelletterie, senza possibilità di sub-appaltare la produzione, in realtà tali beni erano concretamente prodotti da ditte diverse: opifici cinesi (quattro ditte cinesi) operanti in regime di sfruttamento dei lavoratori. Non era stata richiesta alcuna autorizzazione al subappalto dalle società appaltatrici e non vi era alcun contratto di subappalto>>⁵⁴.

Procedendo con ordine, in un primo caso, dalle indagini del Nucleo Ispettorato del Lavoro dei Carabinieri era emerso che l'impresa, pur venendo a conoscenza dell'esternalizzazione della produzione da parte delle società fornitrici, non aveva mai <<effettivamente controllato la catena produttiva, verificando la reale capacità imprenditoriale delle società con le quali stipulare i contratti di fornitura e le concrete modalità di produzione dalle stesse adottate, ed è rimasta inerte [...] omettendo di assumere iniziative come la richiesta formale di verifica della filiera dei sub-appalti, di autorizzazione alla concessione dei sub appalti o la rescissione dei legami commerciali>>. Tutto ciò, secondo i giudici meneghini realizza "quantomeno sul piano di rimprovero colposo determinato dall'inerzia della società, quella condotta

52 Cfr. M. VULCANO, *la prevenzione mite: amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario ex artt. 34 e 34 bis del codice antimafia*, cit.

53 Trib. Milano, Sezione autonoma misure di prevenzione, decreto 3 aprile 2024, cit.

54 Tribunale di Milano, Sezione autonoma misure di prevenzione, decreto 15 gennaio 2024, Presidente dott. Fabio Roia, Relatore dott.ssa Giulia Cucciniello, in *GiurisprudenzaPenale.it*, con nota di S. BASSI, *Amministrazione giudiziaria ex art. 34 D.Lvo 159/2011: il Tribunale di Milano chiarisce i profili della agevolazione colposa*.

agevolatrice richiesta dalla fattispecie ex art. 34 D.Lvo 159/2011 per l'applicazione della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria>>.

Anche nel secondo caso giudiziario si è ritenuto che il meccanismo sia stato colposamente alimentato dalla società appaltante, "rea" di non aver mai verificato le effettive capacità imprenditoriali delle imprese appaltatrici alle quali affidare la propria produzione.

Ebbene, in questo sistema che tende all'abbattimento dei costi e alla massimizzazione dei profitti, le società attinte dal provvedimento di amministrazione giudiziaria – al di là della consapevolezza, o meno, dell'avvenute esternalizzazioni in sub-appalto – non si sono premurate di svolgere apposite ispezioni e/o audit interni; tanto è bastato al Tribunale di Milano per imporre un provvedimento non ablatorio volto all'affiancamento dei rispettivi organi di amministrazione.

Inoltre è esemplificativo un dettaglio riportato in uno dei suddetti Decreti a proposito del "costo azienda" di un accessorio loggato da un prestigioso marchio di moda italiano: <<ad esempio il prezzo di produzione di una borsa bauletto grande presso la ditta cinese è pari a 22 euro, subisce un ricarico di 25 euro nella fatturazione dalla ... alla ... ed un ulteriore ricarico di 38 euro nella fatturazione dalla ...>>⁵⁵.

Peraltro, si osserva che in entrambe le organizzazioni imprenditoriali analizzate non si aveva un <<reparto di produzione, l'assemblaggio e il confezionamento (quindi tutte le fasi di produzione in serie) occupandosi solo di reperire il pellame e gli accessori, tagliare le porzioni di pelle, preparare i modelli nei reparti modelliera e prototipia. Il prodotto, assemblato e confezionato dagli opifici esterni, viene sottoposto da S.r.l. al controllo qualità per poi essere spedito alla società committente>>⁵⁶, ciò nonostante la notorietà e il brand perception delle aziende in questione.

Si tratta di una circostanza particolarmente significativa del grado di importanza raggiunto dall'outsourcing nell'ordinaria gestione d'impresa nel fashion market, tale da spingere a chiedersi se l'esternalizzazione sia divenuta oggi l'unica strategia aziendale possibile per provare a contenere i costi, puntare all'eccellenza e mantenere un'elevata competitività, nonostante lo spettro del dumping contrattuale e di tutto ciò che da esso deriva.

E' opportuno infine chiarire che con questo breve contributo non si intende dar la croce agli istituti dell'appalto e del subappalto, anzi, sarebbe forse controproducente aspirare all'anestetizzazione sic et simpliciter delle moderne modalità di organizzazione del lavoro. Occorrerebbe perlopiù continuare con mirati interventi correttivi, alla stregua della recente aggiunta del comma 1-bis all'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 sul regime di solidarietà negli appalti, secondo cui al <<personale impiegato nell'appalto di opere o servizi e nel subappalto spetta un

⁵⁵ Tribunale di Milano, Sezione autonoma misure di prevenzione, decreto 3 aprile 2024 cit.

⁵⁶ Tribunale di Milano, Sezione autonoma misure di prevenzione, decreto 15 gennaio 2024, cit.

trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto>>⁵⁷. Un vuoto di tutele, quello colmato dal comma 1-bis, su cui a fatica negli anni è intervenuta la giurisprudenza del lavoro.

6. Il caporalato digitale, dal “delivery” alla logistica

La produzione scientifica giuslavoristica sul lavoro dei *riders* e, più in generale, sulle collaborazioni etero-organizzate dai *software* è sterminata, questo breve scritto null'altro di significativo potrebbe aggiungere. Si preferisce allora richiamare le considerazioni svolte dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di lavoro in Italia, utili a restituire al lettore un efficace quadro dei rischi connessi alla *gig economy*: <<La figura del datore di lavoro, sempre più evanescente, costituisce spesso l'occasione favorevole per la nascita di nuovi fenomeni di sfruttamento del lavoro quale ad esempio il caporalato digitale dove i lavoratori della *gig economy* hanno sostituito i braccianti agricoli [...] Le nuove tecnologie stanno mutando radicalmente la dimensione spaziotemporale dei luoghi di lavoro. Per i rider, i luoghi di lavoro sono le città, per i nuovi operai dell'Industria 4.0 vi sono i cosiddetti *cyberphysical workplace* – luoghi di lavoro in cui software ed algoritmi sono complementari agli hardware: macchine, robot, computer, braccialetti o visori di realtà aumentata. Per entrambi, il tempo di lavoro è ormai calcolato minuziosamente sul tempo effettivamente lavorato e valutato da scrupolosi ed invasivi strumenti di *performance metrics*. Ma il pericolo più profondo è che l'algoritmo e, più in generale, l'intelligenza artificiale possano diventare uno strumento prescrittivo senza controllo>>⁵⁸.

Tuttavia, i *riders* rappresentano la “punta dell'iceberg” della *gig economy*, ancorché sia la categoria mediaticamente più fortunata essendo entrati nell'immaginario collettivo alla stregua di pària sociali dell'ultimo decennio. Quella “terra di mezzo” icasticamente descritta dalla Suprema Corte nella sentenza n. 1663/2020, a ben vedere, è affollata di lavoratori – formalmente autonomi – contraddistinti dall'esercizio di mansioni “elementari e ripetitive”, a

⁵⁷ Comma 1-bis introdotto dal d.l. 2 marzo 2024, n. 19 (in G.U. 02/03/2024, n.52), convertito con modificazioni dalla L. 29 aprile 2024, n. 56.

⁵⁸ In questi termini la Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di lavoro in Italia, sullo sfruttamento e sulla sicurezza nei luoghi di lavoro privati e pubblici, Relazione sull'attività svolta del 20 aprile 2022, in Senato.it (Doc. XXII-bis, n. 9), 31; sul documento, Cfr. la nota di F. SANTINI, “Lo sfruttamento del lavoro che cambia. La relazione della Commissione Parlamentare sulle condizioni di lavoro in Italia”, in *Lav. Dir. Eur.*, 2022, n. 3.

cui è riposta unicamente la scelta del “se” e “quando” lavorare, da esercitarsi semplicemente effettuando il *login* in piattaforme digitali (di solito comuni app da scaricare per rendere la prestazione) ed accettando appositi *slot* temporali: operatori socio-sanitari, babysitter, colf ed estetiste, ma anche addetti alle pulizie, promoter, steward e hostess per eventi più o meno grandi⁵⁹.

Torna alla memoria la vasta operazione ispettiva del 2021 condotta dallo IAM di Milano, con la quale, per effetto di quattro verbali che hanno inciso su una platea di oltre 60.000 lavoratori, è stato disposto in capo alle società di *food delivery* l’obbligo di fornire un’adeguata informazione circa gli istituti tipici del lavoro subordinato ad essi applicabili, nonché l’obbligo di provvedere al pagamento delle differenze retributive e contributive dovute ai singoli riders, oltre che rilevate violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro (comunicate alla Procura della Repubblica di Milano)⁶⁰. Una vicenda poi conclusasi con la nota sentenza n. 3237 del 19.10.2023 del Tribunale di Milano, ove per la prima volta – confermando l’interpretazione ispettiva – sono stati equiparati i lavoratori subordinati e quelli “etero-organizzati” anche dal punto di vista contributivo.

In tal senso la vicenda dell’amministrazione giudiziaria di *Uber Italy S.r.l.*, nel 2020⁶¹ ha rappresentato un terremoto nel settore, sul banco degli imputati proprio la gestione algoritmica del lavoro. Molte le considerazioni che sono state svolte su questo peculiare caso negli ultimi anni⁶².

A giudizio del Tribunale di Milano, i *riders*, <<peraltro scelti in aree di particolari fragilità soggettiva e sociale in quanto provenienti da Paesi territorio di conflitti civili e razziali,

59 In argomento, si vedano le considerazioni svolte da E. ERARIO BOCCAFURNI, *L’INL e la tutela del lavoro svolto tramite piattaforme digitali*, in *Lavoro@Confronto*, 2024, n. 61, p. 30 ss.

60 <<da ciò consegue l’applicazione ai riders del trattamento retributivo del lavoratore dipendente, del conseguente inquadramento previdenziale e, soprattutto, la piena tutela in materia di salute e sicurezza. [...] Per questi lavoratori l’Ispettorato territoriale del Lavoro di Milano ha disposto in capo alle società di food delivery l’obbligo di fornire agli stessi un’adeguata informazione circa gli istituti tipici del lavoro subordinato ad essi applicabili, nonché l’obbligo di provvedere al pagamento delle differenze retributive dovute ai singoli riders. Le violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro sono state comunicate alla Procura della Repubblica di Milano. Saranno addebitati alle quattro società italiane delle piattaforme digitali sanzioni amministrative, retribuzioni e contributi previdenziali e assicurativi a favore dei lavoratori interessati>> (INL, comunicato stampa del 24.02.2021). Tratta della vicenda il Direttore dello IAM di Milano, C. COLOPI, “*il lavoro dei riders al vaglio di ispettori e giudici milanesi. L’economia digitale sfida il diritto del Lavoro*”, in *Lav. Dir. Eur.*, 2024, n. 4.

61 Trib. di Milano, Sezione misure di prevenzione, decreto 28 maggio 2020, n. 9, Presidente dott. Roia.

62 Sul decreto emesso dal Trib. di Milano 28 maggio 2020, n. 9, molti sono state le note di commento. *Ex multis* si rimanda a M. BARBERIO e V. CAMURRI, *L’amministrazione di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione*, in *giurisprudenzapenale.com*; A. MERLO, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrare il “caporalato digitale”*, in *SistemaPenale.it*; A. QUATTROCCHI, *Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al “caporalato” nel caso Uber*, in *giurisprudenzapenale.com*; M. VULCANO, *La Compliance 231 nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali: il Caso Uber*, in *Sistema231*, 2022, n. 2.

richiedenti asilo politico e dimoranti, in alcuni casi, presso centri di accoglienza temporanei>>, erano stati attratti in <<un regime di sopraffazione retributiva e trattamentale attuato nei confronti di molteplici lavoratori reclutati in una situazione di emarginazione sociale>>, una situazione <<aggravata dall'emergenza sanitaria a seguito della quale l'utilizzo dei "riders" è progressivamente aumentato a causa della richiesta determinata dai restringimenti alla libertà di circolazione della popolazione imposta dalle Autorità che potrebbe avere provocato anche dei reclutamenti a valanga e non controllati>>⁶³.

Di talché gli indici di sfruttamento avvalorati dalla pronuncia meneghina sono stati:

- il pagamento a cottimo effettuato, 3 euro a consegna, a prescindere dalle condizioni di luogo (durata del tragitto) e di tempo (ora notturna, condizioni atmosferiche);
- la violazione delle regole contrattuali;
- la richiesta di un numero di prestazioni non compatibili con una tutela minima delle condizioni fisiche del lavoratore con la rappresentazione concreta della disattivazione dell'*account* e quindi con la minaccia implicita di non potere più lavorare per la piattaforma (*rectius*: una surrettizia forma di licenziamento individuale);
- la non corresponsione delle mance dovute al lavoratore e realmente corrisposte dal cliente nel sinallagma contrattuale.

Mettendo da parte il *delivery* e volgendo lo sguardo al più articolato comparto logistica, si ritiene non opportuno esprimersi su vicende legali attualmente tutt'altro che concluse, nonostante il clamore mediatico, avutosi nel corso del 2024 e nei primi mesi del 2025, consentirebbe di svolgere più di qualche considerazione in merito alle notizie riguardanti le inchieste legate ai colossi del settore BRT e Geodis⁶⁴, FedEx⁶⁵, Dhl Express⁶⁶.

Tuttavia, ciò che conta è comprendere il *modus operandi* nella conduzione d'impresa degli operatori di questo peculiare mercato.

Il più delle volte, infatti, la "filiera" organizzativa è lunga, con rapporti di lavoro che sono formalmente instaurati da società cooperative utili unicamente a fungere da "serbatoi" di manodopera, magari finendo perfino ad omettere il versamento dell'Iva e degli oneri di natura

63 Trib. di Milano, decreto del 28 maggio 2020, n. 9, cit.

64 Cfr. "Brt e lo scandalo caporalato, profitti alle stelle sfruttando 31 mila lavoratori: tutti i numeri della frode", in *IlFattoQuotidiano.it*; "Brt e Geodis in amministrazione giudiziaria per caporalato", in *SkyTg24.it*; "Scandalo caporalato, Brt esce dall'amministrazione giudiziaria ma non dai guai: azzerati i fornitori, pagano i lavoratori (che scioperano)", in *IlFattoQuotidiano*; "Brt: «Nessun impatto sulle attività quotidiane, consegne garantite»", in *Il Sole 24 Ore*; "Amministrazione giudiziaria per i colossi della logistica Brt e Geodis", in *Il Sole 24 Ore*.

65 Cfr. "Serbatoi di lavoratori, sequestrati 46 milioni a FedEx", in *RAINews.it* del 29 gennaio 2025.

66 Cfr. "Doppio filone d'indagine aperto dalla procura di Milano. Dhl express Italy avrebbe creato tra il 2019 e il 2023 un giro di false fatture e su finte cooperative che assumevano i fattorini", in *MilanoFinanza.it*; "Sfruttamento dei lavoratori e frodi fiscali, Dhl fa il bis", in *IlManifesto.it*; "Dhl Express Italy sotto indagine per evasione fiscale e contributiva, ma sotto la lente c'è anche il caporalato", in *Il Sole 24 Ore*.

previdenziale e assistenziale. Ai leader della logistica, nella loro posizione di committenti, il compito – evidentemente non del tutto assolto – di verificare l'altrui affidabilità imprenditoriale e la conduzione degli affari nel rispetto delle regole.

In conclusione ci si limita a menzionare l'interessante provvedimento di amministrazione giudiziaria della *Ceva Logistics Italia S.r.l.*, avutosi nell'anno 2019, ove il Tribunale, attesa la presenza di «numerosi elementi per ritenere che *Ceva Logistics Italia S.r.l.* fosse pienamente consapevole [...] dello sfruttamento lavorativo e reddituale realizzato dai gestori della rete», chiarì che «la manifestazione agevolatrice deve essere letta alla luce dei comportamenti realizzati dalle persone fisiche dotate di potere decisionale, di rappresentanza e controllo» e tradursi in una condotta censurabile esclusivamente sul piano del rapporto colposo, che riguardi cioè «la violazione di normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che la stessa società si sia data (magari dotandosi di un codice etico) o che costituiscano norme di comportamento esigibili sul piano della legalità da un soggetto che opera ad un livello medio-alto, ad esempio, nel settore degli appalti di opere e/o servizi»⁶⁷. Sicché nessun pregio fu accordato alla presenza di una formale clausola di manleva a favore della committente, per effetto della quale essa sarebbe dovuta rimanere indenne da qualsiasi condotta illecita posta in essere dalle cooperative appaltatrici, nonostante il vantaggio di un costo del «lavoro non congruo, nella certezza di non patire le conseguenze di eventuali accertamenti giudiziali grazie alla clausola di manleva».

7. Prospettive di restyling, per centrare l'obiettivo

Le considerazioni fin qui svolte palesano dubbi interpretativi di non secondaria importanza per gli operatori del diritto, specie per tutti coloro i quali sono chiamati ad assistere il datore nelle proprie scelte. Si è evidenziato, infatti, come l'art. 603 bis c.p., in taluni suoi passaggi, entri in frizione con l'attuale assetto normativo giuslavoristico e con le peculiarità intrinseche al modello su cui si plasmano le relazioni industriali italiane.

Si tratta evidentemente di una incertezza sistemica di non secondaria importanza, dal momento che in gioco non è più solamente «l'avere delle parti»⁶⁸ ma la garanzia della libertà personale dell'imprenditore.

Inoltre, la disposizione codicistica a fatica riesce ad assicurare la risposta penalistica alle

67 Trib. Milano, sez. autonoma misure di prevenzione, decreto 7 maggio 2019, n. 59, Pres. Est. F. Roia, caso *Ceva Logistics Italia s.r.l.*

68 Volutamente si sceglie di richiamare alla memoria l'icastica espressione: «Se tutti gli altri contratti riguardano l'avere delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere che è condizione dell'avere e di ogni altro bene», di F. SANTORO - PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, ora in *Saggi diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961.

nuove forme di sfruttamento ed intermediazione illecita, ben lontane dal contesto “agricolo” che indubbiamente ha costituito lo scenario entro cui il legislatore si è mosso al momento della relativa stesura (e all’atto della sua modifica avutasi per effetto della L. n. 199/2016).

Ebbene, attesa l’attuale formulazione dell’art. 603 bis c.p., anche gli sforzi interpretativi potrebbero non bastare alla dilatazione del suo perimetro oggettivo così da ricomprendere le nuove forme di caporalato cd. “urbano” e “digitale”, sempre diverse, sempre più infestanti la catena degli appalti e subappalti: il principio di tassatività, come corollario del principio di legalità penale, rappresenta indubbiamente un argine (di non poco conto) alle nuove categorie di sfruttamento “a gemmazione giurisprudenziale”.

Orbene, si è citata la “catena degli appalti” in quanto – specie dopo le recenti stragi di via Mariti a Firenze e Brandizzo (TO) – essa è divenuta nell’immaginario collettivo il “vaso di Pandora” del lavoro insicuro; tuttavia, ci si limita a rilevare che il polimorfismo dello sfruttamento è tale da aver inquinato anche altri istituti utili a realizzare l’interposizione di manodopera, su tutti il distacco e la codatorialità che dal 2013 ineriscono al contratto di rete⁶⁹, la somministrazione, le false cooperative e quelle agricole cd. “senza terra”.

In tal senso, la Cassazione penale n. 43662 del 28 novembre 2024 (presa in esame al paragrafo n. 2) è un fulgido esempio delle difficoltà dell’affermazione dell’interpretazione cd. “evolutiva” nel superamento di quella meramente letterale, che per volontà dello stesso legislatore costituisce la “via maestra” a cui tendere nell’approcciarsi al Codice civile e a quello penale⁷⁰.

Nell’attesa che l’astensionismo legislativo sulla rappresentanza sindacale nell’impiego privato ceda il passo ad un intervento normativo “di sistema”, volto al sostegno della “contrattazione collettiva di qualità” e all’agire sindacale, l’urgenza del *restyling* dell’art. 603 bis c.p. – specie negli indici ivi descritti - dovrebbe essere priorità comune e “*super partes*”.

In ragione del mancato aggiornamento della disposizione in parola, il rischio che l’obiettivo non sia centrato è alto. La posta in gioco è notevole, da un lato l’eventualità di una improvvida criminalizzazione di imprenditori tutt’altro che mossi da intenti di sfruttamento, ovvero

69 A mente dell’Art. 3, d.l. n. 5/2009, conv. L. 33/2009, <<Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all’esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell’oggetto della propria impresa>>. Per un approfondimento del contratto di rete e degli istituti di gestione del personale tra le retiste, si rimanda al testo “Contratto di rete di imprese”, AA.VV., V. CUFFARO (a cura di), Giuffrè editore, 2016.

70 Il riferimento è ovviamente all’art. 12 delle disp. preliminari al c.c., il quale dispone che “nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro significato che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore”. L’art. 12, infatti, costituisce anche per il diritto penale una clausola generale.

l'inopportuna amministrazione giudiziaria di complesse realtà societarie, dall'altra l'esigenza di tutela penale di estese tipologie di lavoratori, sempre più lontani da quel (terzo) mondo di "uomini e caporali" della raccolta a basso costo "dell'oro rosso"⁷¹.

⁷¹ Il riferimento è al fortunato *best seller* scritto da A. LEOGRANDE, *Uomini e caporali – Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, Feltrinelli Editore, 2016.



RECLUTAMENTO INFORMALE E SFRUTTAMENTO DI MANODOPERA NEL SETTORE AGRICOLO TRA VECCHI E NUOVI MODELLI DI INSICUREZZA

Angela Marcianò *

Abstract [It]: il saggio approfondisce la tematica del reclutamento informale di manodopera nel settore agricolo, seguendo un percorso diacronico che ne descrive l'evoluzione in seguito alle trasformazioni in senso capitalistico della produzione. Vengono esaminati gli strumenti normativi di contrasto allo sfruttamento laddove, le fitte maglie del lavoro irregolare si intrecciano con quelle dell'intermediazione illecita di manodopera. In questo quadro, la contrattazione collettiva assume una pluralità di funzioni migliorative, come l'obiettivo di adeguare le retribuzioni concretamente percepite a quelle previste in taluni contratti provinciali di lavoro. Si considerano, altresì, le misure anti-caporalato previste dalla legge di conversione del decreto Flussi n. 145/2024 e le ricadute dei recenti Piani nazionali di contrasto al lavoro sommerso e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura, comparandoli con le novità introdotte dalla legge n. 101/2024, di conversione del decreto Agricoltura (d.l. n. 63/2024), che rafforza la lotta al caporalato, puntando sul sistema dei controlli e della prevenzione.

Abstract [En]: the essay examines the issue of informal labour recruitment in the agricultural sector, following a diachronic path that describes its evolution following the capitalist transformation of production. It examines the regulatory instruments used to combat exploitation, where the dense networks of irregular labour are intertwined with those of illegal labour brokering. In this context, collective bargaining takes on a number of ameliorative functions, such as the objective of bringing the wages actually received into line with those provided for in certain provincial labour contracts. We also consider the anti-caporalist measures provided for by the conversion law of the Flussi Decree no. 145/2024 and the effects of the recent National Plans to combat undeclared work and labour exploitation in agriculture, comparing them with the innovations introduced by Law no. 101/2024, converting the Agriculture Decree (Decree Law no. 63/2024), which strengthens the fight against caporalism, focusing on the system of controls and prevention.

SOMMARIO: 1. Il reclutamento informale di manodopera. – 2. Lavoro nero e sfruttamento. Le misure anti-caporalato contenute nella legge di conversione del Decreto Flussi n.145/2024.– 3. Il ruolo della contrattazione collettiva. – 4. I Piani nazionali di contrasto e le novità della legge n. 101/2024 di conversione del DL Agricoltura.



1. Il reclutamento informale di manodopera

Seppur con diverse eccezioni e molte differenze tra i territori, la maggior parte della forza lavoro agricola viene reclutata grazie ad intermediari informali, i cosiddetti caporali¹.

Il fenomeno del caporalato nasce dalla metà dell'Ottocento. Si sviluppa in seguito alle trasformazioni in senso capitalistico della produzione agricola, che progressivamente diventa un'attività basata sulla monocultura e orientata all'esportazione, con una crescente centralizzazione della proprietà e la scomparsa dell'agricoltura contadina².

Tra l'altro, l'imprenditoria agricola ha subito un progressivo processo di concentrazione, che ha determinato una diminuzione delle aziende a conduzione familiare e delle imprese più piccole, storicamente più diffuse³.

La manodopera di tipo "parentale" si è conseguentemente ridotta, segno di un'evoluzione verso forme gestionali strutturate, dotate di maggiore forza lavoro salariata, a scapito delle aziende poco organizzate, sempre meno numerose e in difficoltà, gestite più informalmente, sul modello dell'impresa familiare di cui all' art. 230 *bis* c.c.⁴.

Tali cambiamenti comportano per le aree di coltivazione a campo aperto la necessità delle aziende di reclutare un ampio numero di braccianti, principalmente durante i periodi di raccolta; mentre le zone con agricoltura "protetta" richiedono manodopera salariata durante tutto l'anno⁵.

I decenni di contese tra le organizzazioni sindacali e lo Stato per la gestione del collocamento in agricoltura e le sostanziali modifiche sul collocamento, con il cosiddetto "Pacchetto Treu" (l. n. 168/1997) e con la legge n. 30 del 2003, non hanno inciso efficacemente

1 * Professore Associato di Diritto del lavoro presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina.

Dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro arrivano dati allarmanti, i numeri riconducibili alla fattispecie di reato di "caporalato" sono cresciuti esponenzialmente nell'ultimo anno con una percentuale del + 205%. In aumento anche i dati relativi al lavoro in nero del +12% e le violazioni in materia di salute e sicurezza del + 44%. Si veda, INL, *Risultati attività di vigilanza*, anno 2023, in ispettorato.gov.it.

2 L'agricoltura italiana specie negli ultimi sessant'anni è stata fortemente influenzata da tanti fattori (tecnologia, mercati, consumi, consumo di suolo, ecc.), ma tra essi un ruolo decisivo è da attribuire alla Politica Agricola Comune (Pac). P. SETTEMBRI, *I gruppi d'interesse agricoli in Italia. Ridefinizione e differenziazione dopo le riforme della Pac degli anni '90 e 2000*, in *Riv. It. Pol. Pubbl.*, 2011, 243; A. FRASCARELLI, *L'evoluzione della Pac e le imprese agricole: sessant'anni di adattamento*, in *Agriregioneeuropa*, n. 50, 2017.

3 Si consulti il report su *Agricoltura oggi: sfide per il futuro* in openpolis.it, 22 giugno 2023.

4 P. MAGNO, *Diritto agrario del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1984; ID., voce *Scambio di manodopera e di servizi in agricoltura*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Comm.*, vol. XVIII, Utet, Torino, 1998, 161 ss.

5 In alcuni territori, l'elemento della stagionalità delle colture, e dunque la necessità di reclutare forza lavoro soprattutto per periodi brevi, nelle fasi di picco delle raccolte, favorisce una maggiore diffusione di un sistema di caporalato che potremmo definire "classico": in questi casi, il caporale forma la squadra di braccianti e la trasporta giornalmente verso i luoghi di lavoro, ad un prezzo concordato in precedenza che si attesta di solito attorno alle cinque euro orarie. Nei territori di agricoltura de-stagionalizzata, invece, troviamo un modello di "caporalato a tantum": nel caso di primo impiego nelle serre o di cambio di azienda, ci si può rivolgere ad intermediari che trattengono uno stipendio o richiedono il pagamento del singolo servizio.



sulla persistenza della figura dei caporali, che continuano a favorire forme di reclutamento occulto e illecito della forza lavoro agricola, mettendo in connessione diversi mondi sociali: gli imprenditori, sempre più strozzati dai prezzi imposti dalle catene della grande distribuzione organizzata e i braccianti, che a partire dagli anni '80 del '900 sono sempre più spesso migranti internazionali⁶.

Le inefficienze delle agenzie pubbliche per l'impiego e la scarsità di agenzie private come intermediari del mercato del lavoro in agricoltura hanno poi portato alla diffusione di pratiche di subappalto e distacco illegali di lavoratori.

Come la letteratura ha documentato, nel corso degli anni, la maggior parte delle aziende agricole trova lavoro temporaneo attraverso una diffusa serie di metodi di reclutamento illegale⁷. I caporali favoriscono l'accesso a ghetti informali che essi stessi contribuiscono a costruire e gestire, lucrando su altri servizi come l'accesso all'acqua, la somministrazione del cibo, dell'elettricità e il trasporto da e verso i campi. La forza lavoro così è presente sul territorio durante la stagione di raccolta e disponibile a muoversi e lavorare in qualsiasi momento della giornata.

In tempi più recenti l'intermediazione illecita volta a soddisfare le esigenze di manodopera flessibile ed a basso costo dell'intera filiera agricola⁸ non è gestita solo dai caporali.

Si sono attrezzate strutture complesse, forme sofisticate, solo apparentemente legali, come agenzie di servizi, appalti, subappalti, lavoro in somministrazione, ma anche false cooperative e cooperative senza terra⁹.

Lo stesso caporalato è oggi mutato ed ha assunto un carattere organizzato ed articolato, non occupandosi più solo dell'intermediazione lavorativa, ma perfino della gestione della domanda di lavoro nella sua interezza. La figura del caporale comincia in talune realtà di mercato ad essere marginale nella rete produttiva, così come quella del datore di lavoro, spesso egli stesso vittima della filiera dello sfruttamento¹⁰.

All'archetipo del caporalato in agricoltura si aggiunge il caporalato digitale regolato dall'algoritmo. Si parla di caporalato urbano quando il reclutamento dei lavoratori per servizi

6 V. PIRO, *L'intermediazione come infrastruttura. Caporali, cooperative e lavoro migrante nell'agroalimentare* in *Labor*, fasc.4, 2022, 437; A. ANDRONIO, *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. Lav. Mer.*, 2019, 3, 431; C. DE MARTINO-M. LOZITO-D. SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lav. Dir.*, 2016, 2, 315; D. PERROTTA, *Ben oltre lo sfruttamento: lavorare da migranti in agricoltura*, il Mulino, Bologna, 2014, 29; L. TASCHINI, *Caporalato e sfruttamento lavorativo in agricoltura*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, 4, 613.

7 V. NUZZO, *L'utilizzazione di manodopera altrui in agricoltura e in edilizia: possibilità, rischi e rimedi sanzionatori*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2018, 357.

8 R. PETTINELLI, *Filiera agroalimentare, caporalato e pratiche commerciali sleali*, in *Lav. Dir.*, 2022, 1, 179.

9 F. SANTINI, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, in A. BELLAVISTA-M. MARINELLI (a cura di), *Studi in onore di Alessandro Garilli*, Giappichelli, Torino, 2023, 1100.

10 L. MARIUCCI, *Caporalato, le colpe della grande distribuzione*, in *Strisciarossa.it*, 18 aprile 2018.

o prestazioni di breve durata (volantinaggio, facchinaggio, logistica, edilizia) avviene nei centri ad alta intensità di urbanizzazione¹¹.

Per la domanda di manodopera in settori diffusi, soprattutto nei servizi, aumenta l'offerta di un incontrollato bracciantato metropolitano per lo più straniero.

Questa trasversalità settoriale dell'intermediazione irregolare di manodopera e della presenza di lavoro sommerso non rimanda più alle specificità geografiche del secolo scorso, ma si connota per una certa omogeneità territoriale, da nord a sud e da est a ovest della penisola.

È un fenomeno liquido e diffuso¹², che deriva piuttosto dalle trasformazioni del mondo del lavoro e delle società (l'introduzione di nuovi modelli di produzione, l'evoluzione delle catene globali del valore, le dinamiche tra i vari attori e la visione di come viene concepita e contrattata l'attività umana del produrre beni e servizi a fronte dei mutati assetti organizzativi, sociali e demografici)¹³.

2. Lavoro nero e sfruttamento. Le misure anti-caporalato contenute nella legge di conversione del Decreto Flussi n.145/2024

In agricoltura le fitte maglie del lavoro irregolare e dell'intermediazione illecita si intrecciano spesso con lo sfruttamento¹⁴.

La fattispecie di reato *ex art. 603-bis c.p.* è stata introdotta con il d.l. n. 138/2011¹⁵ e successivamente modificata con la legge n. 199/2016¹⁶ "Disposizioni in materia di contrasto ai

11 Questo tipo di caporalato spiega il direttore capo dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) Bruno Giordano in sede di audizione presso la Commissione, «è dato comunque dalla presenza presso alcune periferie delle grandi città, stazioni delle metropolitane o alcune piazze, ogni mattina, di centinaia di lavoratori che hanno bisogno di essere costì presenti e farsi vedere per essere reclutati dai classici caporali».

12 Tale definizione è condivisa anche sul versante giurisprudenziale. In tal senso Francesca Loy, sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione, in sede di audizione presso la Commissione, 138.

13 I. SENATORI, *Filiera agroalimentare, tutela del lavoro agricolo e modelli contrattuali di regolazione collettiva: una geografia negoziale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 164, 2019, 593 ss.

14 La direttiva europea 18 giugno 2009, n. 52 qualifica come tale (art. 2, lett. I) le "condizioni lavorative, incluse quelle risultanti da discriminazione di genere e di altro tipo, in cui vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana".

15 La formulazione originaria del 2011 dell'art. 603 *bis* "peccava per un'eccessiva determinatezza descrittiva, tale da determinare un restringimento dell'ambito di applicazione dell'incriminazione". In questi termini C. FALERI, *Il lavoro agricolo*, Torino, 2020, 98. Nello stesso senso G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro: politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti dell'attuale disciplina*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 6, 2055; A. DI MARTINO, *Caporalato e repressione penale: Appunti su una correlazione (troppo)scontata*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2, 2015, 122.

16 I principali piani di intervento della Legge n. 199 del 2016 riguardano: la riscrittura del reato di caporalato, che introduce la sanzionabilità anche del datore di lavoro; l'applicazione di un'attenuante in caso di collaborazione con le autorità; l'arresto obbligatorio in flagranza di reato; il rafforzamento dell'istituto della confisca; l'adozione

fenomeni di lavoro nero, dello sfruttamento in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo¹⁷.

La riforma degli strumenti normativi di contrasto dello sfruttamento lavorativo è stata condotta attraverso una legge volta più complessivamente a regolare diversi aspetti del funzionamento del settore agricolo.

L'ordinamento italiano, forse per una scelta di politica criminale o una tecnica legislativa inusuale, ha optato per dare una definizione precisa di sfruttamento¹⁸, disciplinando con la legge del 2016, una fattispecie declinata per indici di derivazione giurisprudenziale che perdono la natura meramente sintomatica, di orientamento probatorio, per assumere una funzione sostanziale, tipizzante¹⁹.

Si configura sfruttamento quando, oltre a usare strumentalmente lo stato di vulnerabilità o di bisogno, sussistono ulteriori indici sintomatici quali: la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza o situazioni alloggiative degradanti²⁰.

Taluna dottrina, invece, ha sostenuto che gli indici di sfruttamento, non sono da considerarsi tassativi e neanche determinati, in quanto fungono soltanto da criteri di orientamento probatorio, che agevolano il lavoro ricostruttivo del giudice e concorrono a descrivere il

di misure cautelari relative all'azienda agricola in cui è accertato il reato; l'estensione alle persone giuridiche della responsabilità per il reato di caporalato; la previsione per le vittime del caporalato delle provvidenze del Fondo anti tratta; il potenziamento della Rete del lavoro agricolo di qualità, in funzione di strumento di controllo e prevenzione del lavoro nero in agricoltura e il graduale riallineamento delle retribuzioni nel settore agricolo. D. FERRANTI, *La legge n.199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016, 2; G. CALVELLINI, *Caporalato: un passo avanti dopo molti passi indietro. Ma il saldo resta negativo*, in *Diritti & Lavoro Flash*, n. 8, 2016, 7; D. GAROFALO, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *Scritti in onore di Carlo Cester*, Cacucci, Bari, 2018.

17 L'art. 603-bis prevede un tassativo elenco di condotte tipiche, che commette chi: recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori; utilizza, assume o impiega manodopera, anche attraverso l'attività di intermediazione, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento e approfittando del loro stato di bisogno.

18 V. TORRE, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 158, 2, 2018, 296.

19 F. SANTINI, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, in A. BELLAVISTA-M. MARINELLI (a cura di), *Studi in onore di Alessandro Garilli*, Giappichelli, Torino, 2023, 1101.

20 Se alle componenti sopraindicate si aggiunge anche la coercizione (violenza, minacce, sequestro di documenti, restrizione della libertà personale), lo sfruttamento lavorativo assume la forma estrema di lavoro forzato.



contesto entro cui valutare la condotta di sfruttamento, senza però costituire elementi del fatto tipico e senza assumere una funzione sostanziale o tipizzante²¹.

Risulta evidente, in ogni caso, che la legge n. 199/2016 nel contrasto allo sfruttamento ha optato per un modello di deterrenza (incentrato sulla individuazione delle violazioni e la punizione dei trasgressori) che, per le difficoltà applicative e le discrasie che emergono nelle attività ispettive, è risultato inidoneo a realizzare appieno le finalità prefisse²².

Tra l'altro la contiguità del fenomeno con le organizzazioni mafiose e l'incidenza esercitata sui diversi territori del Paese è stata tale da spingere il legislatore a spostare il contrasto al lavoro nero sul piano della lotta alla criminalità organizzata, ricorrendo a fattispecie penali ed istituti tipici²³.

Sia la normativa sul caporalato che i successivi provvedimenti non sono riusciti finora ad incrinare il sistema pervasivo di reclutamento e alloggio dei braccianti, portando piuttosto ad una «moltiplicazione degli insediamenti» (i campi istituzionali, con accessi limitati a chi è in regola con i documenti e il contratto di lavoro, si affiancano ai ghetti informali) e ad un'ulteriore segmentazione della forza lavoro (tra soggetti irregolari e coloro che hanno uno *status* di richiedenti asilo e rifugiati, ad esempio).

Lavorare come braccianti stagionali²⁴ nelle zone agricole significa offrire manodopera quasi esclusivamente a chiamata diretta o con contratti di breve durata, di norma, in condizioni tali

21 Secondo alcuni autori, addirittura, il rischio che si correrebbe potrebbe essere che, alla luce di una mancata scelta politica, per la definizione di sfruttamento si ricada in una situazione di supplenza giudiziaria, investendo la magistratura di un ruolo politico. Si avverte, pertanto, una difficoltà nell'individuare, senza cadere in arbitri interpretativi, una nozione di sfruttamento che sia chiara e capace di delimitare l'area della liceità penale, così come si avverte il rischio della conseguente attribuzione agli indici di un ruolo improprio di surrogazione della tipicità. Sul tema s.v. Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 2023, n. 6339 con nota di S. ROSSI, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: gli incerti confini della fattispecie* in *Lav. Giur.*, n. 8-9, agosto 2023, 811. Cass. Pen., sez. IV, 30 novembre 2022, n. 9473, con nota di A. PECCIOLI, *I profili di sospetta illegittimità costituzionale del c.d. caporalato: la ragionevolezza del trattamento sanzionatorio e la determinatezza degli indici di sfruttamento* in *Diritto Penale e Processo*, n. 8, 1° agosto 2023, 1043.

22 La l. n. 199/2016 pur apparendo una legge organica, che ambisce ad un approccio integrato fra sanzione penale ed interventi extrapenal, con l'introduzione di reati sempre più gravi è destinata a scontare le distorsioni del modello di deterrenza.

23 A. GARILLI, *Economia mafiosa e sottosviluppo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, 93.

24 Dei lavoratori stagionali si occupa la dir. 2014/36/UE, recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 203, relativa alle condizioni di ingresso e di soggiorno dei lavoratori extracomunitari per impiego stagionale. L'obiettivo perseguito è quello di agevolare una gestione efficace dei flussi migratori, assicurando ai lavoratori stagionali condizioni di vita dignitose, adeguata tutela, norme trasparenti in materia di ammissione e soggiorno ed incentivi e salvaguardie per il rientro nel Paese di origine. Tale direttiva fa salva l'esclusiva competenza degli Stati membri nella individuazione delle quote di ingresso di detti lavoratori e la possibilità per gli stessi di subordinare l'ingresso all'indisponibilità di lavoratori nazionali o cittadini di un Paese membro. W. CHIAROMONTE, *Fisiologia e patologia dell'impiego stagionale di lavoratori stranieri*, in W. CHIAROMONTE-M. D. FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, FrancoAngeli, Milano, 2018, 127 ss.

per cui solo una minima parte delle giornate lavorate è effettivamente registrata dal datore di lavoro.

Il quadro peggiora rispetto alla manodopera migrante, che, trovandosi spesso nell'impossibilità di rinnovare il permesso di soggiorno, si vede costretta a ricorrere alla domanda d'asilo come unica via per mantenere uno *status* di regolarità²⁵.

La protezione umanitaria²⁶ è divenuta per queste ragioni, a partire dal 2010, uno strumento per regolarizzare la condizione dei lavoratori stranieri in diversi settori, tra cui quello agricolo²⁷.

Sono state, infatti, le lotte dei braccianti migranti, cominciate a Rosarno nel gennaio 2010 e proseguite con lo sciopero di Nardò del 2011, a inaugurare la stagione del progressivo ampliamento della fattispecie del permesso umanitario, fino a ricomprendervi i motivi d'integrazione sociale e lavorativa²⁸.

Dalla fine del 2018, il venir meno della protezione umanitaria come istituto di carattere generale ha diminuito le *chances* di vedere accolte le domande di protezione internazionale e ha reso più complesso il rinnovo del permesso di soggiorno per chi era titolare di tale status, rendendo illegale, di fatto, una parte della popolazione migrante. Legare il titolo di soggiorno alla condizione lavorativa significa riprodurre un sistema fallimentare, nella misura in cui la tipologia contrattuale del lavoro a chiamata rende difficile mantenere la regolarità del soggiorno anche per chi ha già un permesso per motivi di lavoro²⁹.

La normativa in materia di immigrazione, riducendo le possibilità di ingresso legale e aumentando il grado di ricattabilità dei lavoratori e delle lavoratrici migranti, di fatto incide ancora di più di quella lavoristica sulla possibilità effettiva di praticare i diritti del lavoro³⁰.

25 C. CAPRIOGLIO–E. RIGO, *Lavoro politiche migratorie e sfruttamento: la condizione dei braccianti migranti in agricoltura* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2020, 33.

26 L'abrogazione dell'art. 5 comma 6 del Testo unico immigrazione, a opera del primo dei decreti sicurezza nel 2018, ha eliminato la protezione umanitaria come istituto di carattere generale, sostituendola con una serie tipizzata di permessi speciali. Tra questi, quello per sfruttamento lavorativo non è altro che una diversa nomenclatura del permesso di soggiorno previsto dall'art. 22 del Testo unico immigrazione, di cui riproduce tutti i limiti di applicazione. M. BORZAGA, *Le migrazioni per motivi umanitari e per motivi economici nel quadro regolativo internazionale*, in W. CHIAROMONTE–D. FERRARA–M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 29.

27 C. PITTALUGA–C. MOMI, *L'impatto della direttiva 52/2009/CE sul fenomeno dello sfruttamento lavorativo tra i braccianti agricoli*, in E. RIGO (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pacini Giuridica, Pisa, 2016, 33-48.

28 N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2018, 1-32.

29 La c.d. Legge Bossi-Fini (30 luglio 2002, n. 189), correlando il contratto di lavoro al permesso di soggiorno, può contribuire ad implementare il sistema e le condizioni dello sfruttamento.

30 V. PIRO, *L'intermediazione come infrastruttura. Caporali, cooperative e lavoro migrante nell'agroalimentare* in *Labor*, fasc. 4, 2022, 437; C. COSTELLO–M. FREEDLAND (eds.), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability*

Una serie di disfunzioni, che vanno dalle difficoltà di ottenimento dei permessi di soggiorno per lavoro alle ridotte possibilità di accesso alle procedure d'asilo e ai centri d'accoglienza, alla carenza di politiche abitative e servizi (come trasporti pubblici, spazi per l'aggregazione e la cura), in particolare in alcuni territori italiani, indeboliscono ulteriormente la forza lavoro migrante³¹.

Gli intermediari continuano a svolgere un ruolo estremamente rilevante perché soddisfano precise e pressanti esigenze, di avere un salario, un alloggio, oltre a una rete di sostegno e solidarietà.

L'intermediazione risponde alle necessità delle aziende di avere a disposizione una manodopera *just in time, to the point*, assicurata a volte attraverso la residenza nei luoghi di lavoro o nelle adiacenze. Gli imprenditori rispondono così alle esigenze del mercato e alle storture delle filiere produttive, che prevedono prezzi molto bassi di vendita dei prodotti.

La sanatoria del 2020³² ha avuto effetti limitati nel regolarizzare gli "invisibili delle campagne", in quanto molto difficilmente i lavoratori agricoli hanno potuto dimostrare i requisiti richiesti per l'accesso, di fatto sottolineando le stratificazioni esistenti all'interno della forza lavoro agricola.

La regolarizzazione straordinaria è idonea ad affrancare i migranti dai soprusi più gravi, ma non garantisce loro lavoro regolare, decente, dignitoso e sicuro. Ed invero, al numero non trascurabile di inchieste aperte per sfruttamento lavorativo fa riscontro la concessione di un numero esiguo di permessi. Si riscontra una forte resistenza ad aprire inchieste per sfruttamento lavorativo a causa della difficoltà di accesso alla giustizia, legata a numerosi fattori (tra cui tempi lunghi dei processi, le complessità nel provare l'esistenza di un rapporto di lavoro, timori e alti costi) è confermata dai rilievi giurisprudenziali in materia, a fronte dei quali il fenomeno, viste le scarse denunce, sembrerebbe paradossalmente marginale.

Il rilascio del permesso di soggiorno, la cui durata è legata all'andamento del processo penale, non contempla comunque alcuna presa in carico sociale, lasciando la vittima priva di qualsiasi tutela³³.

in *Labour Law*, Oxford, 2014; M. D'ONGHIA, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 2, 465.

31 H. CAROLI CASAVOLA (a cura di), *Le migrazioni e l'integrazione giuridica degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 2021.

32 Si pensi alla regolarizzazione avviata con il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020., n. 77, che ha interessato l'emersione di 30 mila lavoratori. C. BONIFAZI-S. STROZZA, *La regolarizzazione del 2020: un primo quadro dei risultati*, in *Agromafie e caporalato, Quinto rapporto*, 2019, 47 ss.

33 La materia ha offerto spunti in costante aggiornamento, dopo la Legge Bossi-Fini (30 luglio 2002, n. 189), rispetto alla presa in carico della vittima va attenzionato il DDL- Senato della Repubblica 2404 presentato in data 5 Ottobre 2021 recante "Norme per il contrasto dello sfruttamento lavorativo e per l'emersione del lavoro nero". In considerazione della situazione di vulnerabilità dei lavoratori e di difficoltà di accesso alla giustizia, il DDL

L'applicazione del percorso di protezione sociale, previsto dall'art. 18 del TU immigrazione, è ad oggi la misura che appare più idonea a garantire la collaborazione spontanea delle vittime di sfruttamento, nella prospettiva della sua emersione, ed è l'unica in grado di non far percepire la repressione dello sfruttatore come un danno cagionato dalla vittima stessa³⁴.

La protezione sociale che la norma contempla non si esaurisce nel rilascio di un permesso di soggiorno per chi ne è privo, ma si sostanzia in una vera e propria presa in carico delle vittime, alle quali viene assicurato un programma di assistenza ed integrazione, una dimora ed un percorso, anche di formazione professionale, verso l'accesso ad impieghi dignitosi³⁵.

Con l'approvazione in Senato della Legge di conversione del "Decreto Flussi" n.145/2024³⁶, sono state introdotte ulteriori misure urgenti per semplificare l'ingresso dei lavoratori stranieri, contrastare lo sfruttamento lavorativo e migliorare la tutela e l'assistenza delle vittime di caporalato.

Il provvedimento è finalizzato a razionalizzare la gestione dei flussi migratori, intervenendo anche sul tema della protezione internazionale, con modifiche alle norme su soccorso in mare e respingimenti, nonché sui relativi procedimenti giurisdizionali.

Il testo normativo, oltre ad alcune novità molto discusse³⁷, prevede che i datori di lavoro e

prende in considerazione la necessità di istituire un programma che preveda assistenza, protezione, garanzia del reddito e reinserimento sociale e lavorativo per chi ha il coraggio di denunciare il lavoro irregolare e sommerso e per congiunti, parenti, conviventi, fino al secondo grado, e coloro che si trovano presso lo stesso luogo, nelle medesime condizioni di sfruttamento lavorativo o presso lo stesso datore di lavoro delle persone denuncianti o dichiaranti che aderiscono al programma. Successivamente sono intervenuti: il d.l. n. 20/2023, conv. con mod. in l. n. 50/2023, c.d. «Decreto Cutro» e il Decreto Sicurezza, "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario" (AC. 1660-A), approvato il 19 settembre 2024, che introduce, per esempio, in tema di "rafforzamento della sicurezza delle strutture di trattenimento e accoglienza per i migranti", delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

34 D. GENOVESE–E. SANTORO, *L'art. 18 (t.u. immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, *DLRI*, 3, 2018, 543 ss.; S. BORELLI–L. CALAFÀ–M. D'ONGHIA–S. LAFORGIA–M. RANIERI, *L'altro art. 18 Riflessioni giuslavoristiche sullo sfruttamento del lavoro*. Introduzione, in *Lav. dir.*, fasc. 2, 2021, 187.

35 F. SANTINI, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, in A. BELLAVISTA–M. MARINELLI (a cura di), *Studi in onore di Alessandro Garilli*, Giappichelli, Torino, 2023, 1100.

36 Il 4 dicembre 2024 il Senato ha approvato il c.d. Decreto Flussi, dopo il primo via libera della Camera arrivato a fine novembre 2024.

37 In questo decreto, è confluita la lista dei diciannove Paesi considerati "sicuri" dall'Italia, inserita a fine ottobre dal Governo in un decreto-legge che aveva l'obiettivo di mantenere operativi i centri per i migranti costruiti in Albania. Il testo approvato (con emendamento Musk, perché introdotto dopo le polemiche seguite ad un attacco antitiche del magnate americano) affida le decisioni sui trattamenti dei richiedenti asilo alle Corti d'Appello, e non più alle sezioni dei tribunali specializzate in immigrazioni. Si prevede, inoltre, che rimangano segreti i dettagli degli appalti per la fornitura di mezzi e materiali ai Paesi terzi per il controllo delle frontiere, dei flussi migratori e delle attività di soccorso in mare. Ha destato non poche perplessità anche l'introduzione di ulteriori sanzioni e fermi amministrativi per le Ong che fanno salvataggi in mare, in considerazione del fatto che il passaggio delle

i lavoratori stranieri sottoscrivano il contratto di soggiorno entro otto giorni dall'ingresso in Italia del lavoratore.

Al fine di contrastare il fenomeno del caporalato, è poi ammessa la concessione di un permesso di soggiorno “speciale”, di durata di sei mesi e con possibilità di rinnovo per un altro anno, per i lavoratori stranieri sfruttati. Questo nuovo istituto estende alle vittime l'applicazione del programma di emersione e di assistenza sociosanitaria, consentendo la conversione del permesso di soggiorno per motivi di lavoro o studio, previa iscrizione a corsi regolari. Tra le misure premiali deve pure apprezzarsi la previsione del patrocinio gratuito per coloro che collaborano all'emersione del reato di caporalato, adoperandosi per favorire l'individuazione dei responsabili. Pare evidente che con queste nuove disposizioni, il Governo miri a bilanciare la necessità di flussi migratori regolamentati con una maggiore tutela delle vittime di sfruttamento e una gestione più efficace delle richieste di protezione internazionale.

3. Il ruolo della contrattazione collettiva

In questo quadro risulta particolarmente incisivo il ruolo della contrattazione collettiva nazionale di lavoro³⁸, che fissando i minimi salariali per ciascuna area professionale, non consente che possano essere derogati in senso peggiorativo dalla contrattazione provinciale³⁹. In particolare, con il rinnovo quadriennale il contratto nazionale, considerato l'andamento dell'inflazione, stabilisce gli incrementi da applicarsi ai minimi di area e a tutti i salari definiti dai contratti provinciali all'interno di ciascuna area professionale⁴⁰.

Ed è proprio per sfuggire a queste precise prescrizioni che, di frequente, si ricorre al sistema del caporalato riducendo considerevolmente i compensi e generando condizioni di lavoro al

loro navi in acque italiane potrà essere vietato dal ministero dell'Interno per ragioni di ordine pubblico. Le misure introdotte, in una nota congiunta sottoscritta da diverse Ong (*Mediterranea Saving Humans*, Medici Senza Frontiere, *Open Arms*, *Sea Watch* e altre) sono state definite “punitive” e chiaramente finalizzate a perseguire “un piano di definitivo abbandono del Mediterraneo e di criminalizzazione del soccorso in mare”.

38 G. URBISAGLIA, *Efficacia della contrattazione collettiva dei lavoratori della terra*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1, 2022, 223 ss.

39 Invero, i salari, in diverse aree geografiche, sono fermi da anni e seguono la tendenza anomala del *dumping* tra cpl non solo di regioni diverse ma, addirittura, di province diverse della stessa regione. Tale pratica finisce per comportare la riduzione del costo del lavoro e di conseguenza dei salari, perché si applica un contratto nazionale che è costruito su un delta protettivo in negativo rispetto ai contratti “collettivi di qualità”. Queste prassi nel settore agricolo sono potenzialmente idonee a determinare una vera degenerazione patologica delle normali regole delle relazioni industriali. Si v. G. OLINI, *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, 421; S. CAIROLI-G. GALLI, *Forme attuali e possibili nuovi scenari di dumping salariale nella contrattazione collettiva* in *Riv. Giur. Lav.*, n. 4, 2021, 250.

40 Nelle province in cui per effetto dei vigenti accordi, a seguito dell'aumento dei minimi salariali di area, i livelli salariali dovessero risultare inferiori a tale minimo, i contratti provinciali provvedono a definire un programma che, nell'arco di vigenza del Contratto provinciale stesso, porti all'inserimento dei salari entro il minimo di area. Tale previsione non si applica nelle province che nell'ultima tornata contrattuale non hanno rinnovato il contratto provinciale.



di sotto dei limiti della sopravvivenza⁴¹.

La diffusa illegalità che ne deriva ha impegnato da tempo il legislatore e le Parti sociali nel predisporre strumenti di incentivo all'emersione del lavoro totalmente o parzialmente irregolare⁴².

La legge e la contrattazione per contrastare l'irregolarità del lavoro sotto il profilo dell'impiego di manodopera completamente «in nero», oppure con formale contratto di assunzione, ma in sostanziale dispregio della regolamentazione del rapporto di lavoro, hanno approntato degli incentivi all'applicazione dei minimi salariali stabiliti dai contratti collettivi.

Si pensi al disposto del novellato art. 603-bis c.p., nella parte in cui prevede quale indice di sfruttamento lavorativo (presupposto del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro insieme a sfruttare illegittimamente lo stato di bisogno dei lavoratori) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato. Dal confronto tra i minimi previsti dalla contrattazione del settore e i salari di fatto percepiti in alcune realtà territoriali emerge spesso il notevole scostamento tra le condizioni economiche del lavoro prestato dai migranti (e non solo) e quelle cui avrebbero astrattamente diritto sulla base delle regole applicabili⁴³.

Ogni sforzo di adeguamento del costo del lavoro regolare a quello del lavoro irregolare è, tuttavia, per principio sbagliato, giacché il secondo non può essere un parametro di genuina proporzionalità e sufficienza della retribuzione⁴⁴ e rappresenta il frutto di una pratica illegale

41 Per quanto riguarda la situazione contrattuale dei braccianti, sono sempre i caporali che solitamente si occupano di raccogliere dati e documenti per l'apertura delle posizioni all'Inps. Infatti, sebbene il lavoro informale sia ampiamente diffuso, più spesso ci si trova di fronte a situazioni di lavoro grigio, ossia parzialmente formalizzato: i braccianti vengono ingaggiati, ma i contributi versati corrispondono ad un numero di giornate molto inferiore rispetto a quelle effettivamente lavorate. Sia che si tratti di agricoltura stagionale sia protetta, i salari sono decisamente bassi, e nei casi di "caporalato classico" è l'intermediario che contratta le paghe (a seconda delle condizioni del terreno e del prodotto, e in base ai tentativi di essere concorrenziali o meno rispetto ad altri caporali nella zona), le riceve in contanti dal datore di lavoro e le distribuisce ai braccianti, dopo aver trattenuto la propria percentuale. La forma di pagamento prevalente in questo caso è quella del cottimo perché garantisce che le squadre mantengano un passo di lavoro molto intenso, con poche pause e interruzioni. Inoltre, il caporale assicura un certo controllo sui ritmi di lavoro e una forma di disciplinamento.

42 V. PINTO, *Filiere agro-alimentari e agro-industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, in V. FERRANTE (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2017, 83 ss., e, dello stesso Autore, *Gli interventi legislativi di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, I, 291 ss.

43 F. DI NOIA, *Le policy di prevenzione del lavoro insicuro e di promozione della legalità in agricoltura*, in L. CALAFÀ-S. IAVICOLI-B. PERSECHINO (a cura di), *Lavoro Insicuro*, Il Mulino, Bologna, 2020, 186.

44 M. MARAZZA, *Il lavoro nel processo di raccolta dei prodotti agricoli*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Donzelli Editore, Roma, 2017, 85.

che deve essere repressa e seriamente sanzionata⁴⁵.

La concentrazione di illegalità in determinati territori dovrebbe piuttosto essere contrastata valorizzando le specificità locali nell'ambito della contrattazione provinciale.

La dottrina, peraltro, individua ulteriori possibili percorsi di riallineamento verso la legalità. Attraverso un approccio tradizionale, orientato alla regolamentazione del lavoro subordinato, magari in una prospettiva di progressivo riallineamento di alcuni territori agli *standard* del Ccnl, in un arco temporale dato⁴⁶, si potrebbe prevedere una deroga contrattuale provinciale agli attuali minimi salariali indicati dal Ccnl.

Tale soluzione, tuttavia, non appare gradita a gran parte delle organizzazioni sindacali che difendono il principio dell'inderogabilità del Ccnl in materia di minimi retributivi.

Una differenziazione nei livelli salariali - come anche per gli altri istituti contrattuali - è presente nella contrattazione nazionale e provinciale per le figure degli operai florovivaisti. Significativa in questa direzione è l'esperienza del *salario di raccolta*, sperimentata dal Ccnl per gli operai agricoli e florovivaisti del 29 giugno 1983. L'art. 59 del suddetto contratto regolava la possibilità di contrattare annualmente a livello provinciale le specifiche retribuzioni da applicare ai lavoratori assunti per le operazioni di raccolta, inferiori a quelle minime stabilite a livello nazionale.

Furono decisi margini di flessibilità salariale al ribasso, da contrarre a livello decentrato, nel tentativo di realizzare la leva economica, rendendo più conveniente per gli imprenditori la regolarizzazione dei rapporti di lavoro in nero e l'osservanza degli obblighi retributivi⁴⁷.

Al fine di migliorare le condizioni di svolgimento dell'attività lavorativa stagionale di raccolta dei prodotti agricoli e per evitare i rischi legati al maggior afflusso della manodopera anche straniera, l'art. 9 della legge 199 del 2016 aveva previsto che, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le Amministrazioni statali, direttamente coinvolte nella vigilanza e nella tutela delle condizioni di lavoro nel settore agricolo⁴⁸, avrebbero dovuto elaborare congiuntamente un piano di interventi contenenti misure per la sistemazione logistica e il supporto di questi lavoratori.

L'obiettivo di adeguare le retribuzioni concretamente percepite a quelle previste dalla contrattazione collettiva è oggi perseguito in alcuni Cpl, nei quali i soggetti firmatari a livello territoriale, ferma restando l'intangibilità dei meccanismi retributivi di area stabiliti nei Ccnl, hanno previsto meccanismi di adeguamento del salario provinciale ai c.d. *salari di piazza*,

45 L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, in *Lav. dir.*, 2017, n. 1, 79.

46 Basti pensare che in diverse aziende e settori si è fatto uso del cosiddetto salario di ingresso.

47 In tal senso si veda C. DE MARTINO-M. D'ONGHIA-D. SCHIUMA, *Condizioni salariali e previdenziali. Ancora sulle patologie delle relazioni lavorative in agricoltura*, op. cit., 270.

48 Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e Ministero dell'interno.

accompagnati dal correttivo consistente nella garanzia di un minimo di giornate lavorative annuali⁴⁹.

Più ardua appare la scelta di attribuire alla legge il compito di fissare i valori minimi della retribuzione oraria omnicomprensiva dell'operaio agricolo comune, lasciando alla contrattazione collettiva territoriale il compito di intervenire in senso migliorativo in ragione delle specificità del territorio⁵⁰. In tal caso il rischio che il parametro legale attragga verso il basso gli attuali trattamenti economici previsti dagli accordi sindacali è troppo alto. L'operazione sarebbe sostenibile solo in un quadro di forte e costruttiva cooperazione tra legislatore e parti sociali⁵¹.

Attraverso lo schema del doppio livello di regolamentazione nazionale e territoriale, si è pure prospettata la legittimazione di tipologie contrattuali di lavoro autonomo, alternative a quella subordinata, cui destinare uno statuto protettivo da scrivere *ex novo* sia per la componente economica che per quella normativa⁵².

Sono tutte soluzioni⁵³ che riconsiderano la funzione stessa della contrattazione collettiva in agricoltura, ripensando a meccanismi di integrazione funzionale con la legge e alla sua concreta applicazione per contrastare la povertà e garantire la dignità della vita di chi lavora, al di là della questione salariale⁵⁴. Sebbene la contrattazione territoriale riesca a stabilire raramente qualche distinzione per sub-settori, ciò avviene solo per la parte della retribuzione variabile.

Deve invece promuoversi uno "sblocco" della contrattazione decentrata, che sembra ingessata da un coordinamento poco efficace tra articolazioni contrattuali e soggetti stipulanti. Laddove vi è minore contrattazione decentrata, si fanno anche minori investimenti in tecnologia innovativa.

49 V. LECCESE, *Lavoro, sfruttamento e tutele nella filiera agroalimentare: un itinerario*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 2, 245 ss.

50 M. D'ALESSIO, *Le retribuzioni degli operai agricoli in Italia: alcune elaborazioni statistiche*, in *Agricoltura, Alimentazione, Economia, Ecologia*, Flai-Cgil, Fondazione Metes, 2, 2020, 273 ss.

51 Non mancano, tuttavia, pareri di segno contrario ed esperienze estere che dimostrano una tendenza opposta a quella descritta.

52 Si tratterebbe di una regolamentazione "parallela" a quella attuale dedicata al lavoro subordinato, potenzialmente anche circoscrivibile solo ad alcune aree geografiche del paese selettivamente individuate con risultati in astratto assai interessanti. Potendo in questa prospettiva l'autonomia collettiva esercitarsi senza dover operare nell'ambito dei vincoli posti dalla Costituzione, dalla legislazione ordinaria e dalla contrattazione collettiva esclusivamente, a torto o a ragione, per il lavoro subordinato. Tutto ciò analogamente a quanto avviene da tempo, del resto, in applicazione di accordi sindacali oggi sottoscritti ai sensi dell'art. 2, comma 2, lettera a), del d.lgs. n. 81 del 2015, per gli operatori di *call center*.

53 Le soluzioni prospettate sono di M. MARAZZA, *Il lavoro nel processo di raccolta dei prodotti agricoli*, op. cit., 86.

54 T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 3, 2019, I, 767.

Le recenti ricerche dei centri studi Cgil, Cisl, Uil confermano che il peso del recupero salariale viene sopportato generalmente da meno della metà delle imprese, che competono a livello globale e sostengono la propria competitività con innovazioni produttive adottate da tempo, grazie al supporto di una contrattazione collettiva che ha reso più adattabile l'organizzazione del lavoro.

La restante parte delle imprese italiane si adagia su facili logiche di traino nella catena di valore, si inserisce in percorsi passivi di accesso ad integrazioni salariali lunghe, dolorose e sconnesse dalla formazione e non favorisce la ristrutturazione efficiente.

La digitalizzazione per competere resta schiacciata su un nanismo produttivo, che invoca solo e sempre protezione statale⁵⁵. Una prospettiva, che per l'agricoltura moderna, multifunzionale, equa e solidale, delineata nel più recente panorama comunitario, non è più "sostenibile".

4. I Piani nazionali di contrasto e le novità introdotte della legge n.101/2024 di conversione del DL Agricoltura

A livello nazionale, grazie alla concertazione tra diversi attori istituzionali, coinvolti a livello centrale e decentrato, si registrano diversi interventi finalizzati ad incidere sulla pervasività dei fenomeni fin qui esaminati⁵⁶.

A partire dal 2020 è stato approvato il primo "Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato"⁵⁷, che si muove su diverse linee di intervento, ricondotte all'interno di un disegno unitario basato su un modello di collaborazione interistituzionale fondato sulla legalità e sulla dignità del lavoro e sul potenziamento degli investimenti nelle filiere agroalimentari.

Il provvedimento fornisce dati relativi ai livelli occupazionali nelle diverse regioni italiane, alla nazionalità dei lavoratori e alle tipologie contrattuali adottate e individua quattro assi strategici su cui intervenire: a) prevenzione; b) vigilanza e contrasto; c) protezione e assistenza; d) reintegrazione socio-lavorativa dei lavoratori sfruttati, declinati in dieci azioni prioritarie da intraprendere.

Quanto alla prevenzione, le azioni sono indirizzate alla creazione di un sistema informativo

⁵⁵ E qui viene a crearsi il circolo vizioso, quello di una contrattazione neutra, cioè debole che determina una debole innovazione aziendale che, a sua volta, non permette di sviluppare un nuovo modello retributivo. In questo senso vedi M. FAIOLI, *Rischi derivanti da una contrattazione collettiva neutra*, *Energia, crisi e lavoro* in *eticaeconomia.it*, 4 marzo 2022.

⁵⁶ D. GAROFALO, *Lo sfruttamento del lavoro tra prevenzione e repressione nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, II, 1303.

⁵⁷ *Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022*, in *lavoro.gov.it*. Sul tema si v. I. CANFORA-V. LECCESE, *Lavoro irregolare e agricoltura. Il Piano triennale per il contrasto allo sfruttamento lavorativo, tra diritto nazionale e regole di mercato della nuova PAC*, in *Diritto Agroalimentare*, 2021, fasc.1, 39.

con un calendario delle colture, dei fabbisogni di manodopera e altri dati, sviluppato ed utilizzato per la pianificazione, la gestione e il monitoraggio del mercato del lavoro agricolo; interventi strutturali, investimenti in innovazione e valorizzazione dei prodotti, che migliorino il funzionamento e l'efficienza del mercato dei prodotti agricoli.

Si prevede il rafforzamento della Rete del lavoro agricolo di qualità, con la semplificazione delle modalità di accesso e quindi l'espansione del numero delle imprese aderenti, nonché l'introduzione di misure per la certificazione dei prodotti, al fine di migliorare la trasparenza e le condizioni di lavoro del mercato del lavoro agricolo.

Viene promossa poi la pianificazione dei flussi di manodopera e il miglioramento dell'efficacia e della gamma di servizi per l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro agricolo, così da prevenire il ricorso al caporalato ed alle altre forme d'intermediazione illecita⁵⁸.

Di pari importanza devono considerarsi le programmazioni e gli interventi finalizzati a soluzioni alloggiative dignitose per i lavoratori del settore agricolo in alternativa ad insediamenti spontanei e alloggi degradanti e i piani di miglioramento per le condizioni di trasporto.

In questa direzione viene incentivata una campagna di comunicazione istituzionale e sociale per la prevenzione e la sensibilizzazione sullo sfruttamento lavorativo e la promozione del lavoro dignitoso⁵⁹.

Sul fronte della vigilanza e del contrasto l'azione prioritaria è indirizzata al rafforzamento del ruolo dei servizi ispettivi e d'indagine della polizia giudiziaria.

La principale sfida deve coincidere con l'individuazione delle aree geografiche prioritarie su cui concentrare l'attività ispettiva, il coordinamento tra i vari Enti preposti alle attività di vigilanza, la raccolta e l'analisi di informazioni gestite dalle varie amministrazioni e la disponibilità di risorse appropriate allo svolgimento delle attività. Alla protezione e all'assistenza si interviene attraverso l'attuazione di un sistema di servizi integrati (*referral*) per le vittime di sfruttamento lavorativo. Per la loro reintegrazione si promuove la realizzazione di un sistema per il reinserimento socio-lavorativo.

I centri per l'impiego dovrebbero prendere in carico delle vittime, erogare percorsi di formazione professionale – includendovi l'acquisizione di competenze linguistiche –, fornire

58 C. FALERI, *Non basta la repressione : a proposito di caporalato e sfruttamento del lavoro in agricoltura*, in *Lav. dir.*, 2021, n. 2, 257. L'A. prendendo in considerazione il tema del caporalato, si sottolinea che un fenomeno così complesso non può essere efficacemente contrastato a livello individuale dal tradizionale sistema di controllo/sanzione, e si incoraggia quindi una riflessione sulla necessità di strumenti normativi che piuttosto intervengano per correggere le distorsioni del mercato del lavoro agricolo e gli squilibri contrattuali, soprattutto quelli che si verificano all'interno della filiera agroalimentare.

59 R. CHERCHI, *Il "decreto Cutro" tra domanda di forza lavoro e insofferenza per i diritti fondamentali*, in *ADiM Blog*, Editoriale, 2023, 2 ss.

assistenza all'inserimento lavorativo⁶⁰ e per le altre misure di politica attiva del lavoro.

Nel Piano triennale, tuttavia, è parsa evidente l'assenza di misure premiali, come incentivi fiscali, semplificazioni burocratiche ed interventi sul profilo reputazionale, che, spostando il baricentro dal modello di prevenzione verso quello di ottemperanza, sarebbero potenzialmente idonee a generare, anche attraverso le scelte dei consumatori, meccanismi democratici e di controllo del mercato⁶¹.

Apprezzabile è la funzione strategica affidata alle parti sociali e il contributo che il Piano richiede ai sindacati, che devono analizzare le tipologie dei contratti di lavoro applicati in agricoltura al fine di assicurare trattamenti normativi e retributivi equi e migliorare la trasparenza del mercato del lavoro in questo settore.

Occorre però occuparsi delle politiche di governo del mercato del lavoro attraverso l'istituzione di sportelli dedicati al lavoro agricolo nell'ambito dei centri per l'impiego, affiancati dalla creazione di postazioni mobili gestiti in cooperazione con le parti sociali e con le associazioni del terzo settore in quanto soggetti in grado di operare in prossimità dei lavoratori.

Nell'ambito dei piani di riforma e delle linee di investimento del PNRR il tema del lavoro sommerso è rintracciabile nel segmento della *Missione 5* che, nella più ampia accezione di coesione e inclusione, declina interventi finalizzati a rafforzare le politiche attive del lavoro e della formazione professionale per innalzare il potenziale di occupabilità del capitale umano e superare il divario territoriale dei servizi erogati (M5C1).

A integrazione di tali interventi si pone il *Piano nazionale per la lotta al lavoro sommerso*⁶² il quale, ricalcando l'approccio strategico delineatosi nel già avviato *Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura*, si ripropone di arginare il fenomeno negli altri settori dell'economia italiana.

60 Il programma di reinserimento prevede anche la rappresentanza e l'assistenza legale per il risarcimento dei danni fisici e psicologici subiti e per i salari non percepiti.

61 F. SANTINI, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, op. cit., 1100.

62 Il Piano è entrato in vigore il 21 dicembre 2022 con la pubblicazione sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nella sezione dedicata alla pubblicità legale e ne è dato avviso nella G.U. n. 298 del 22 dicembre 2022. Questo rappresenta il conseguimento, entro i termini di scadenza al 31 dicembre 2022, della *Milestone M5C1-8*: "Entrata in vigore di un piano nazionale e della tabella di marcia attuativa per la lotta al lavoro sommerso in tutti i settori economici" del PNRR. Il 26 aprile 2024 il Ministero del lavoro ha pubblicato sul proprio sito il decreto ministeriale del 28 marzo 2024 n. 50, con cui viene costituito presso l'Ispettorato Nazionale del Lavoro un nuovo gruppo di lavoro denominato task force istituzionale "Lavoro sommerso", che collaborerà nelle attività già previste dal Piano nazionale per la lotta al lavoro sommerso 2023-2025 e realizzate dal Comitato nazionale per la prevenzione e il contrasto al lavoro sommerso.

Il provvedimento ha il fine di **contrastare trasversalmente il fenomeno del lavoro sommerso in tutti i settori economici interessati**⁶³, attraverso un cronoprogramma di attuazione.

La sua trasversalità è comprovata dalla latitudine delle attività di *compliance* e di vigilanza, che si connotano per un ampio raggio applicativo. Si è voluto pertanto razionalizzare l'impianto sanzionatorio al fine di evitare che il ricorso al lavoro sommerso risulti conveniente per i datori di lavoro.

Tale Piano nazionale si raccorda al processo di riforma del sistema delle **politiche attive del lavoro**, che mira a rafforzare i Centri per l'impiego e i servizi di intermediazione domanda/offerta. Sul piano metodologico deve procedersi con l'adozione di indicatori statistici basati sulle informazioni dirette e indirette, che forniscano sia un monitoraggio sui singoli settori economici o tipologie di imprese maggiormente interessate dalle politiche del Piano (indicatori microeconomici), sia una panoramica complessiva sul lavoro sommerso in Italia (indicatore macroeconomico). Si è scelto un approccio multi-agenzia, che si declina anche nella creazione di reti interistituzionali di cooperazione tra le Autorità interessate e nel caricamento dei dati in possesso delle singole Agenzie all'interno del Portale Nazionale del Sommerso.

La *Relazione di inchiesta sulle condizioni di lavoro in Italia, sulla sicurezza e sullo sfruttamento nei luoghi di lavoro pubblici e privati*, depositata il 21 aprile 2022 dalla Commissione parlamentare competente, ha confermato il connotato di trasversalità del fenomeno del lavoro sommerso, restituendo l'immagine di un mercato del lavoro nel quale persistono sistemi organizzativi che scaricano «sui lavoratori [...] i deficit strutturali e organizzativi dell'ambiente di lavoro» e dove il rapporto tra la ricerca del profitto e la tutela della dignità, della salute e della sicurezza del lavoratore spesso si consuma a detrimento di quest'ultimo e non senza aggravio della spesa pubblica.

Da indagini svolte dalla competente Commissione parlamentare⁶⁴ emerge che la faglia tra lavoro regolare e lavoro sommerso è andata via via ampliandosi su un ventaglio di irregolarità formali che, non adempiendo agli obblighi vigenti in materia amministrativa, fiscale, previdenziale e assicurativa, hanno di fatto determinato la nuova fattispecie del "lavoro grigio", ovvero una serie sfuggente di posizioni lavorative, i c.d. lavori non standard, difficilmente incasellabili nel sistema regolatorio tradizionale.

63 L'analisi del fenomeno però ha suggerito di attenzionare maggiormente determinati settori particolarmente esposti, come ad esempio il **lavoro domestico** e l'**agricoltura**.

64 Audizioni e sopralluoghi sul campo effettuati dalla Commissione di indagine confermano ancora una volta la presenza significativa della manodopera straniera tra i segmenti occupazionali a basso valore aggiunto, economicamente depressi, a scarso livello di sicurezza per le condizioni di lavoro e precari nel tempo.

È, dunque, evidente che il tema dello sfruttamento del lavoro si concentra nel settore agricolo, dove maggiormente si registra lavoro irregolare con ricorso a manodopera sottopagata, priva di condizioni di lavoro umane dignitose, di provenienza extracomunitaria.

Sebbene con il *Piano Triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato* si sia dato avvio a un'azione di sistema stratificata e complessa per gli ambiti di intervento declinati nella sua attuazione, concertata tra diversi attori istituzionali coinvolti a livello centrale e territoriale e con la partecipazione dei rappresentanti datoriali, sindacali e del Terzo settore, il legislatore ha ritenuto opportuno predisporre un più ampio piano di intervento.

Il *Piano nazionale per la lotta al lavoro sommerso*⁶⁵ sopraggiunge a distanza di un anno dal primo, mutuando l'approccio interistituzionale di *governance* per il coordinamento degli interventi sul piano della prevenzione, dei controlli e delle sanzioni⁶⁶.

Si persegue l'intento di introdurre misure per trasformare il lavoro sommerso in regolare attraverso meccanismi di dissuasione di pratiche illegali e di incentivazione di quelle regolari⁶⁷.

È necessario comprendere in che rapporto opereranno i due Piani, considerato che uno è mirato per il settore agricolo e l'altro ha una valenza estesa a tutti gli altri settori economici. Il Piano nazionale terrà conto delle sinergie con il *Tavolo Caporalato*⁶⁸, inizialmente costituito per un triennio e i cui lavori sono stati prorogati sino al 3 settembre 2025⁶⁹.

65 I punti salienti di questo Piano ai muovono lungo delle direttrici: affinare le tecniche di raccolta e di condivisione dei dati sul lavoro sommerso; introdurre misure dirette e indirette per trasformare il lavoro sommerso in lavoro regolare anche attraverso meccanismi di dissuasione di pratiche illegali e di incentivazione di quelle regolari rafforzando il legame tra le politiche attive del lavoro e le politiche sociali; rafforzare il coinvolgimento degli attori del dialogo sociale per informare sensibilizzare sul disvalore economico e sociale del lavoro sommerso; attuare un sistema di *governance* che assicuri un'efficace implementazione delle azioni del Piano.

66 Sul piano delle sanzioni, la legge n. 56 del 29 aprile 2024, di conversione del d.l. n. 19 del 2 marzo 2024 in tema di "Ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR", ha introdotto importanti modifiche all'art. 18 del d. lgs. n. 276/2003, disciplinando il regime sanzionatorio in materia di somministrazione, appalto e distacco illeciti. È stato reintrodotto il reato di somministrazione illecita di manodopera e la perseguibilità penale per tutti gli appalti irregolari privi dei requisiti previsti per legge dall'art. 1655 c.c. e dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003.

67 Il *timing* della riforma prevede inoltre la piena implementazione delle misure entro il I trimestre 2024; l'incremento delle ispezioni sul lavoro rispetto al periodo 2019-2021 entro il II trimestre 2025; la riduzione dell'incidenza del lavoro sommerso di almeno due punti percentuali in relazione ai settori di riferimento entro il I trimestre 2026.

68 Il Tavolo Caporalato è stato istituito presso il Ministero del lavoro, con il d.l. 23 ottobre 2018, n. 119 (art. 25-*quater*) conv. dalla l. 17 dicembre 2018, n. 136 e successivamente regolato, quanto al suo funzionamento, da un decreto interministeriale del 4 luglio 2019. Da ultimo, il D.M. n. 61 del 12 aprile 2024 ha ridefinito la composizione del Tavolo per l'individuazione di una nuova strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura, presieduto dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

69 L'approccio sinergico si impone, al fine di contrastare efficacemente quelle manifestazioni di lavoro irregolare che risultano alimentate anche dalla proliferazione di insediamenti abusivi.

Pur nella specificità di sotto-obiettivi espliciti pare possibile individuare dei punti di intersezione interessanti⁷⁰.

Sul macro-obiettivo le due azioni di sistema non appaiono in contraddizione o in sovrapposizione, ma anzi si integrano e rafforzano rispetto all'intento di rendere il mercato del lavoro più inclusivo riducendo gli spazi di irregolarità, di sommerso, di sfruttamento lavorativo, la concorrenza sleale tra le imprese con tutte le conseguenze in termini di *dumping* sociale ed economico⁷¹.

Comune ai due Piani è la metodologia di costruzione delle misure, riconducibile al modello di *governance* condivisa e partecipata da tutti gli attori istituzionali coinvolti.

L'approccio di visione delle due strategie parte da due versanti opposti, ma non confliggenti: la tutela del lavoratore sfruttato da un lato e quella del sistema-Paese dall'altro, ovvero privilegiare il *focus* dell'azione sulle conseguenze micro o macro del lavoro sommerso e dello sfruttamento lavorativo.

A livello micro si produce concorrenza sleale tra le imprese e condizioni lavorative al ribasso per i lavoratori; a livello macro si generano evasione fiscale, previdenziale e assicurativa con conseguente erosione dello Stato sociale e riduzione del sistema di protezione delle fasce più deboli.

La riforma contenuta nella *Missione 5* del PNRR nella sua declaratoria indirizza il suo intervento sulla macchina pubblica, in particolare sul rafforzamento delle sue dotazioni strumentali, procedurali e di capitale umano direttamente riconducibili alla funzione di controllo, prevenzione e repressione di pratiche illegali e irregolari nel mercato del lavoro, ovvero alla funzione di dissuasione attraverso incentivi finanziari.

Tra i risultati attesi vi è l'incremento del 20% delle ispezioni sul lavoro per contrastare l'incidenza del sommerso e ridurre di almeno 1/3 la distanza tra il dato italiano e la media

70 Una correlazione interessante tra i due Piani può ravvisarsi, sempre nella *Missione 5* e nell'ottica di ridurre il divario di cittadinanza nella seconda linea di investimenti relativamente al rafforzamento disservizi sociali a tutela di categorie vulnerabili e territori ad alto rischio di marginalità. L'investimento di 200 milioni di euro nella *Componente 2, Misura 2.2* supporta infatti l'attuazione di Piani urbani integrati per il superamento degli insediamenti abusivi per combattere lo sfruttamento dei lavoratori in agricoltura. L'intento è quello di creare nuovi alloggi o ristrutturare quelli esistenti. La *Misura* si pone in continuità con l'attività del gruppo di lavoro tematico dedicato alla casa coordinato dall'ANCI per l'*Azione 5* del Piano triennale. Proprio all'ANCI, con il supporto del Ministero del Lavoro, è stata affidata la mappatura dei territori a rischio di insediamenti abusivi per la definizione di tale strategia di intervento. L'indagine censuaria sui Comuni italiani è stata completata e come da cronoprogramma è stata approvata la lista delle amministrazioni locali che potranno accedere alle risorse.

71 M. CORTI, *L'unione Europea tra promozione della concorrenza e contrasto del dumping sociale. Un difficile equilibrio*, in V. FERRANTE (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2017, 203.

UE⁷².

Nella direzione dell'efficientamento della macchina pubblica va il *Portale nazionale del contrasto al lavoro sommerso* (PNS), previsto dall'esecutivo tra le prime misure di attuazione del PNRR⁷³. Il nuovo portale sostituisce e integra le banche dati esistenti attraverso le quali INL, INPS e INAIL condividono le risultanze degli accertamenti ispettivi.

In esso confluiranno gli esiti delle attività di vigilanza di competenza dei Carabinieri del Nucleo Tutela Lavoro e della Guardia di Finanza. Si mettono a sistema tutti i dati sul lavoro sommerso, la cui condivisione consentirà un maggior coordinamento delle funzioni tra i vari organismi preposti alla vigilanza in materia di lavoro⁷⁴.

Occorre partire dagli importanti punti di contatto tra i due Piani che si muovono verso una complementarità strategica e una convergenza di obiettivi.

Da ultimo, la legge n. 101/2024, di conversione del decreto Agricoltura (d.l. n. 63/2024), muovendosi nella stessa direzione, ha introdotto una serie di novità volte al rafforzamento del contrasto alle pratiche sleali nel settore agricolo e agroalimentare. Vengono apportate diverse modifiche al testo del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 198, provvedimento che ha portato all'attuazione della direttiva UE 2019/633, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare nonché dell'articolo 7 della legge 22 aprile 2021, n. 53, in materia di commercializzazione di prodotti agricoli e alimentari.

In particolare, vengono aggiunte le definizioni di "costo di produzione" e "costo medio di produzione" specificando che, nell'ambito dei principi ed elementi essenziali dei contratti di cessione, i prezzi dei beni forniti devono tenere conto dei suddetti costi⁷⁵.

72 Le azioni che si prevede di sviluppare nel Piano si inseriscono inoltre in un contesto più generale (e già programmato) di rafforzamento dell'Ispettorato nazionale del lavoro (di seguito INL), il quale sarà dotato di ulteriori 2.000 ispettori. In data 31 dicembre 2023, era già pari a 4.768 unità (+19% rispetto al 2022). Dette azioni si affiancano a quelle previste nel Piano triennale anticaporalato finalizzate alla costituzione delle *task force* multi-agenzia.

73 Art. 19 del d.l. 30 aprile 2022, n. 36, *Misure urgenti per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*.

74 Rispetto al Sistema informativo sull'andamento del mercato del lavoro in agricoltura previsto nell'ambito del Piano triennale (*Azione I*), peraltro funzionale al monitoraggio della sua stessa attuazione, non si rilevano ad oggi elementi conoscitivi circa il livello di interazione tra i due portali relativamente agli esiti dell'attività di vigilanza e alla rilevazione dei dati sullo sfruttamento lavorativo, sia in termini di integrazione che di possibile rischio di sovrapposizione.

75 All'articolo 2, comma 1, del d.lgs. n. 198/2021, viene aggiunta la lettera o-bis), ove viene specificato che con l'espressione "costo medio di produzione" si intende il costo medio di produzione dei prodotti agricoli e alimentari determinato dall'ISMEA sulla base della metodologia dallo stesso elaborata e comunicata al Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste. Sempre all'articolo 2, comma 1, viene aggiunta la lettera o-ter), dove viene specificato che con l'espressione "costo di produzione" si intende il costo relativo all'utilizzo delle materie prime, dei fattori, sia fissi che variabili, e dei servizi necessari al processo produttivo svolto con le tecniche prevalenti nell'area di riferimento. Ulteriori modifiche riguardano l'articolo 3, comma 1, le cui

Le convenzioni e i regolamenti che disciplinano i mercati all'ingrosso dovranno, pertanto, osservare la normativa in materia di pratiche commerciali sleali e i titolari e i gestori dei mercati all'ingrosso saranno obbligati a denunciare, all'Ispettorato Centrale della Tutela della Qualità e della Repressione Frodi dei prodotti agroalimentari, le violazioni di cui vengano a conoscenza⁷⁶.

In conseguenza di ciò è stato modificato il regime sanzionatorio⁷⁷, introducendo la possibilità per il contraente che abbia commesso una pratica commerciale sleale di beneficiare di una significativa riduzione qualora sia in grado di dimostrare di aver posto in essere misure per elidere le conseguenze dannose dell'illecito⁷⁸.

Si è scelto, inoltre, di rafforzare la lotta al caporalato in materia di controlli e prevenzione, istituendo un sistema informativo integrato fra i vari enti propedeutico alla lotta al lavoro sommerso.

In particolare, l'istituzione, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, del *Sistema*

disposizioni prevedono che «i contratti di cessione devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti, cui attenersi prima, durante e dopo l'instaurazione della relazione commerciale», viene aggiunta la specifica che i prezzi dei beni forniti tengono conto dei costi di produzione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera o-ter). Pertanto, sarà necessario tenere conto dei costi relativi all'utilizzo delle materie prime, dei fattori fissi e variabili, e dei servizi necessari al processo produttivo con le tecniche prevalenti in quella specifica area geografica; inoltre, all'articolo 3, comma 5, viene ribadito che i prezzi dei beni ceduti devono essere stabiliti nel rispetto dei costi di produzione sostenuti dal cedente.

76 L'articolo 3 viene ulteriormente modificato tramite l'aggiunta di nuove disposizioni, suddivise in diversi commi: comma 6-bis: viene specificato che nelle convenzioni e nei regolamenti, disciplinanti il funzionamento e l'organizzazione dei mercati all'ingrosso dei prodotti agroalimentari, è inserito l'obbligo di osservare la normativa in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese della filiera agricola e alimentare; comma 6-ter: per i titolari e i gestori dei mercati all'ingrosso di prodotti alimentari, venuti a conoscenza di violazioni commesse all'interno dei mercati, viene previsto l'obbligo di inoltrare tempestiva denuncia ai sensi dell'articolo 9 dello stesso decreto legislativo, al Dipartimento dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti agroalimentari (ICQRF) del MASAF; nel comma 6-quater: ove viene previsto che l'accertata violazione della normativa in materia di pratiche sleali nei rapporti tra imprese della filiera agricola e alimentare, commessa da un fornitore, titolare di uno spazio di vendita all'interno dei mercati all'ingrosso, costituisce ipotesi di grave inadempimento del rapporto negoziale con il titolare o il gestore del mercato.

77 In merito alle sanzioni, all'articolo 10 viene inserito il comma 12-bis, le cui disposizioni prevedono che al contraente al quale sia stata contestata una pratica commerciale sleale ai sensi dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, è consentito, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla notifica dell'ordinanza di ingiunzione, procedere al pagamento della sanzione nella misura ridotta del 50% nel caso in cui dimostri di aver posto in essere tutte le attività idonee a elidere le conseguenze dannose dell'illecito.

78 Vengono considerate attività idonee a elidere le conseguenze dannose di un illecito: la ripetizione in forma scritta del contratto concluso oralmente (le disposizioni di cui all'articolo 3, comma 2, prevedono l'obbligo della forma scritta per il contratto di cessione di beni, il quale deve altresì essere stipulato prima della consegna dei prodotti e contenere tutti gli elementi essenziali dell'accordo, come ad esempio il prezzo dei beni); la modifica delle condizioni contrattuali eccessivamente gravose, mediante offerta formale al fornitore della corresponsione di un prezzo superiore ai costi di produzione da quest'ultimo sostenuti e comunque del pagamento dell'intero importo convenuto nel contratto di cessione (sanando così l'illecito di cui all'articolo 5, comma 1, lettera b) del d.lgs. in esame).



informativo per la lotta al caporalato nell'agricoltura, può rappresentare uno strumento di condivisione delle informazioni tra le amministrazioni statali e le regioni, al fine di favorire l'evoluzione qualitativa del lavoro agricolo e incrementare le capacità di analisi, monitoraggio e vigilanza sui fenomeni di sfruttamento dei lavoratori nell'agricoltura (articolo 2-*quater*). Alla sua costituzione concorrono il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, il Ministero dell'interno, l'INPS, l'INAIL, l'INL, l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA) e l'ISTAT. Lo scambio funzionale di dati tra enti incrementerà le capacità di analisi, monitoraggio e vigilanza sui fenomeni di sfruttamento dei lavoratori nell'agricoltura, rendendo maggiormente performante l'azione di contrasto a tale gravissima piaga sociale⁷⁹.

Parimenti efficace risulta la previsione della *Banca dati sui contratti di appalto in agricoltura*, in cui si dovranno iscrivere le imprese non agricole, singole ed associate, con dipendenti addetti ad attività di raccolta di prodotti agricoli o di pulitura e di imballaggio dei prodotti ortofrutticoli, purché connesse a quella di raccolta, e le imprese che effettuano lavori e servizi di sistemazione e di manutenzione agraria e forestale, con dipendenti addetti a tali attività imprese di cui all'articolo 6, comma 1, lettere d) e e), della l. n. 92/1979, che intendono partecipare ad appalti in cui l'impresa committente sia un'impresa agricola di cui all'articolo 2135 del codice civile (articolo 2-*quinquies*). Alla stipula del contratto di appalto le imprese dovranno rilasciare al committente polizza fideiussoria assicurativa a garanzia dei contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto e delle retribuzioni spettanti ai lavoratori dipendenti dell'impresa stessa impiegati nell'appalto⁸⁰.

In questo quadro, pare evidente che il comparto agricolo, più degli altri settori, dovrà mostrarsi in grado di cogliere le opportunità e i correttivi ben delineati, anche nel più recente provvedimento normativo, recependo la *ratio* multidimensionale degli interventi programmati a tutela del mercato, sempre più svilto da pratiche di concorrenza sleale⁸¹, e dei lavoratori sfruttati da condizioni di lavoro inique, che generano marginalità dello Stato/collettività rispetto agli effetti dell'economia sommersa sulla fiscalità generale e sulla tenuta del sistema di *welfare*.

79 M. BALTOLU, *La lotta al caporalato: aumentano i controlli*, in *ipsoa.it*, 8 luglio 2024.

80 M. D'ALESSIO, *I numeri chiave delle retribuzioni degli operai agricoli in Italia*, in *Agriregionieuropa*, 55, 2018.

81 A. CORNICE-M. PARENTE, *Un Piano nazionale per contrastare il lavoro sommerso in diversi settori dell'economia. Sovrapposizione o valore aggiunto rispetto alla strategia del Piano Triennale anti-caporalato in agricoltura?*, in *Caritas Italiana. Quaderni sulla ripresa e resilienza del Paese. Politiche migratorie. Il PNRR che non c'è*, giugno 2022, 32.

FOCUS



FOCUS

NOVITÀ DAL WTO, LA PRIMA PUBBLICAZIONE SU: «ILLICIT TRADE IN FOOD AND FOOD FRAUD»¹²

Francesca Consorte

SOMMARIO: 1. Introduzione: novità dal WTO - 2. L'assenza una definizione giuridica armonizzata a livello internazionale di *frode alimentare* o di *commercio illecito di prodotti alimentari* - 3. L'azione del WTO - 4. L'importanza di una strategia sinergica nella lotta contro le frodi alimentari - 5. Segue. La giustizia penale

1.Introduzione: novità dal WTO

Per la prima volta, l'Organizzazione Mondiale del Commercio (*World Trade Organization*) ha pubblicato un'analisi concernente il commercio illegale di prodotti alimentari e le frodi alimentari. Il volume raccoglie i contributi di esperti dell'OMC e di altre importanti organizzazioni internazionali, anche del settore privato, che hanno partecipato al Simposio Annuale sull'Agricoltura dell'OMC stesso, tenutosi l'11 e 12 dicembre 2023. Più precisamente, gli autori dei 7 capitoli che compongono il volume appartengono rispettivamente al WTO (cap. 1 e 2), alla Alleanza Transnazionale per la Lotta al Commercio Illegale (cap. 3), alla FAO e all'ONU (cap. 4), all'International Feed Federation (cap. 5), alla SSAFE³ (cap. 6) e infine alla UNICRI, istituto di ricerca e formazione dell'ONU (cap. 7). Ne segue dunque che il volume non rappresenta la posizione ufficiale dell'Organizzazione sull'argomento, ma una raccolta di preziosi contributi di esperti di diversa provenienza, i quali - pur evidenziando il ruolo fondamentale del commercio internazionale nella riduzione della fame nel mondo - non

1 Ricercatore a tempo determinato in Tenure Track (RTT) di Diritto Penale, Università degli Studi di Parma, email: francesca.consorte@unipr.it. Dipartimento di Giurisprudenza Studi Politici e Internazionali, Dipartimento di Eccellenza 2023-2027, finanziato con fondi del Ministero dell'Università e della Ricerca.

2 Trattasi di traduzione in sintesi della pubblicazione in lingua inglese del WTO - World Trade Organization, *Illicit trade in food and food fraud*, WTO Publications, Londra, 2024, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/illicit_trade_in_food_and_food_fraud_e.pdf, che in versione ridotta è già stata pubblicata online sul sito del progetto Food for Future (<https://www.foodforfuture.unipr.it>).

3 Organizzazione no profit per la tutela della salute umana, vegetale e animale.



mancono di mettere in luce le sue possibili derive negative e come queste possano costituire un ostacolo allo sradicamento della fame e povertà, al miglioramento della salute e alla maggior consapevolezza dei consumatori nelle proprie scelte, nonché ad una crescita economica sostenibile. Vista la dimensione globale del fenomeno, si tratta di derive idonee a tradursi in una seria minaccia per il raggiungimento di ben 11 degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite (cap. 3) ed in particolare: SDG 1 (*No poverty*), SDG 2 (*Zero hunger*), SDG 3 (*Good health and well-being*), SDG 6 (*Clean water and sanitation*), SDG 8 (*Decent work and economic growth*), SDG 9 (*Industry, innovation and infrastructure*), SDG 11 (*Sustainable cities and communities*), SDG 12 (*Responsible consumption and production*), SDG 14 (*Life below water*), SDG 15 (*Life on land*), SDG 16 (*Peace, justice and strong institutions*).

Più precisamente, la pubblicazione ricorda in diversi passaggi come *fraudulent and fake food and beverages* possano causare danni alla sicurezza alimentare e alla salute pubblica. Allo stesso tempo, evidenzia come le condotte illecite considerate possano danneggiare il commercio legittimo (aumentando i costi per via dell'intensificazione dei controlli e delle barriere commerciali) ed incidere negativamente sulle entrate fiscali, sottraendo risorse a investimenti cruciali per il benessere sociale. Gli effetti negativi di queste attività si ripercuotono su diversi attori coinvolti: i consumatori, che possono subire danni economici ed essere esposti a rischi per la salute; gli agricoltori e le aziende agricole, che vedono compromessa la fiducia nei loro marchi e affrontano svantaggi competitivi rispetto a chi adotta pratiche fraudolente.

Esemplificativa della "dimensione" degli effetti deleteri del fenomeno è la stima approssimativa (stante la natura clandestina dell'attività) del costo globale annuo del fenomeno, che si aggira tra i 30 e i 50 miliardi di dollari, al netto delle perdite derivanti dal commercio illecito di alcolici (cap. 1).

Ciò premesso, la pubblicazione si propone di arricchire il dibattito attraverso prospettive innovative e di promuovere una riflessione sulle possibili azioni future che il WTO potrebbe intraprendere. Pur essendo molteplici gli aspetti meritevoli di menzione, ci si soffermerà in questa sede su due macro-tematiche affrontate dalla pubblicazione: l'assenza una definizione giuridica armonizzata a livello internazionale di *frode alimentare* o di *commercio illecito di prodotti alimentari* e le possibili strategie di contrasto a tali fenomeni.

2. L'assenza una definizione giuridica armonizzata a livello internazionale di *frode alimentare* o di *commercio illecito di prodotti alimentari*

Come anticipato, uno degli argomenti affrontati nella pubblicazione che merita particolare attenzione è rappresentato dalla difficoltà di perimetrare i concetti di frode alimentare e pratiche di commercio illecito di alimenti. Il volume, pur riconoscendo l'assenza di una definizione giuridica armonizzata del fenomeno a livello internazionale, non si propone di colmare tale lacuna. Gli autori, piuttosto, si prefiggono di stimolare una riflessione sul tema, evidenziando come tali fenomeni siano contraddistinti da una pluralità di definizioni eterogenee, riflesso della loro natura poliedrica. A tal proposito, vengono riportate alcune di quelle maturate a livello internazionale o proposte dalla letteratura.



Più nel dettaglio, una delle definizioni di frode alimentare considerate più complete è individuata in quella fornita dal rapporto del 2019 della *Transnational Alliance to Combat Illicit Trade* (TRACIT), che identifica il fenomeno nella «*intentional substitution or dilution of an authentic food or ingredient with a cheaper product (such as replacing extra virgin olive oil with a cheaper oil), flavour or colour enhancement using illicit or unapproved substances, or substitution of one species with another*» (p. 12). Si tratta di una definizione che prescinde dal danno alla salute e che arriva ad includere il contrabbando di prodotti agricoli (p. 12).

Passando ad analizzare l'approccio adottato negli Stati Uniti e in Europa, emerge con evidenza come le frodi alimentari possano essere interpretate e affrontate secondo prospettive differenti. La *Food and Drug Administration* considera infatti come «*adulterazione motivata economicamente*» (EMA) «*when someone intentionally leaves out, takes out, or substitutes a valuable ingredient or part of a food*» or «*when someone adds a substance to a food to make it appear better or of greater value*». *Other types of EMA include misbranding violations and adulteration of other products, such as animal food and cosmetics*» (p. 12). Passando al diritto dell'Unione Europea, la pubblicazione ricorda come invece quest'ultima consideri la frode alimentare quale «*suspected intentional action by businesses or individuals for the purpose of deceiving purchasers and gaining undue advantage there from, in violation of the rules referred to in Article 1(2) of Regulation (EU) 2017/625 on EU agri-food chains*» (p. 12). L'articolo appena citato si riferisce in particolare alle norme UE e nazionali adottate in determinati ambiti, come ad esempio quello della sicurezza integrità e salubrità degli alimenti e dei mangimi, le norme a tutela della lealtà delle pratiche commerciali e degli interessi dei consumatori, in materia di organismi geneticamente modificati, protezione delle piante ecc⁴.

Il *Codex Committee on Food Import and Export Inspection and Certification System* sta lavorando a delle linee guida volte a prevenire e contenere le frodi alimentari e nell'ambito della bozza, espressamente citata nel report, è stata adottata una definizione di frode alimentare: «*Any deliberate action to deceive others in regard to the prescribed specifications or expected characteristics of food to gain an unfair economic advantage*» (p. 50). In aggiunta, la bozza citata sottolinea i collegamenti tra le frodi alimentari, i controlli esistenti e le misure di mitigazione a disposizione dei vari paesi attraverso i sistemi nazionali di controllo, riconoscendo che potrebbe essere necessario adottare nuove misure.

Andando ancora oltre, la pubblicazione - in attesa che la Commissione del *Codex Alimentarius* pubblichi un nuovo documento guida sui fenomeni illeciti in esame - si sofferma sull'importanza del *Code of Ethics for International Trade in Food including Concessional and Food*

4 V. Art. 1, comma 2, *Regulation (EU) 2017/625 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on official controls and other official activities performed to ensure the application of food and feed law, rules on animal health and welfare, plant health and plant protection products*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017R0625#d1e1146-1-1>

Aid Transactions del 1979⁵; il documento appena citato è significativo dato che, nell'affermare che il commercio internazionale di prodotti alimentari deve essere fondato «... *on the principle that all consumers are entitled to safe, sound and wholesome food and to protection from unfair trade practices*» (p. 13), elenca caratteristiche e condizioni che dovrebbero portare a bandire dati alimenti dal mercato. Si tratta ad esempio del prodotto effettivamente rischioso (quanto a tossicità, nocività), o comunque dannoso, per la salute tenendo conto dell'applicazione dei principi di analisi del rischio⁶; di quello costituito, in tutto o in parte, da sostanze sudice, putride, marce, decomposte o da altre sostanze o materiali estranei che lo rendano inadatto al consumo umano; di alimento adulterato, etichettato o presentato in modo falso, fuorviante o ingannevole, preparato, trasformato, confezionato, conservato, trasportato o commercializzato in condizioni non igieniche o caratterizzato da una data di scadenza che non ne consente (a livello di tempistiche) la distribuzione nel paese importatore.

Venendo alla letteratura, la pubblicazione del WTO, in esame, individua un importante punto di riferimento nella definizione di Spink e Moyer (2011), secondo cui «*Food fraud is a collective term used to encompass the deliberate and intentional substitution, addition, tampering, or misrepresentation of food, food ingredients, or food packaging; or false or misleading statements made about a product for economic gain*» (p. 12). Da segnalare, infine, pur se meno enfatizzata, la definizione dell'*International Organization for Standardization*, Standard ISO 22380:2018, in *Security and Resilience - Authenticity, Integrity and Trust For Products And Documents — General Principles For Product Fraud Risk And Countermeasures*, secondo la quale la frode alimentare è integrata dall'uso di «*adulterant-substances (dilution, substitution, concealment and unapproved enhancements); mislabeling and misbranding; gray market or parallel trade; smuggling; theft; simulation; production over-run; and intellectual property rights counterfeiting*» (p. 21, nota 4).

Come accennato in precedenza, la pubblicazione del WTO non adotta nessuna delle definizioni appena citate di commercio illecito degli alimenti o di frode alimentare né ne propone una specifica. Tuttavia, è interessante notare come (a conferma sia della "sensibilità" del concetto di *Food Fraud* alla prospettiva di volta in volta adottata sia della complessità degli interessi che può compromettere) venga tratteggiata una nozione ampia di "reato alimentare", capace di abbracciare una vasta gamma di fenomeni eterogenei. Tra essi sono annoverate le condotte illecite connesse alla macellazione illegale di bestiame (come nel caso di etichette che falsamente attestino la natura *halal* o *kosher* dei prodotti), la raccolta/coltivazione di risorse alimentari o l'allevamento in aree protette, la pesca illegale, l'impiego di manodopera minorile e di migranti illegali per coltivare o produrre alimenti (p. 19). In diversi passaggi viene altresì sottolineato come il commercio illecito e le frodi alimentari siano ulteriormente esacerbati dal traffico illegale di sementi, sostanze agrochimiche e pesticidi. Interessante notare infine che il

5V.https://www.fao.org/faowhocodexalimentarius/shproxy/es/?lnk=1&url=https%253A%252F%252Fworkspace.fao.org%252Fsites%252Fcodex%252FStandards%252FCXC%2B20-1979%252FCXC_020e.pdf.

6 Citando testualmente la pubblicazione: «*has in or upon it any hazard in an amount which renders it poisonous, harmful or otherwise injurious to health, taking into account the application of risk analysis principles*».

Codex Committee on Food Import and Export Inspection and Certification Systems (CCFICS) abbia evidenziato, nell'ambito delle linee guida in elaborazione, come la frode possa riguardare la qualità e/o identità del prodotto ed essere collegata al prodotto in sé o al processo di produzione e che spesso può essere correlata a rischi per la salute (p. 50).

3. L'azione del WTO

Ora, venendo al WTO, tale organizzazione pur non definendo, come anticipato, il concetto di *commercio illecito di prodotti alimentari* o di *frode alimentare*, fornisce agli Stati membri un quadro giuridico che aiuta quotidianamente a combattere il fenomeno (cap. 2). Tale Organizzazione, come noto, è infatti da tempo attivamente impegnata nel contrasto a questi fenomeni illeciti e, attraverso una serie di misure dalla stessa adottate, mette a disposizione strumenti e spunti utili per affrontarli.

A tal proposito, vengono riportati a titolo esemplificativo una serie di accordi che, in forme differenti, consentono di contrastare gli illeciti agroalimentari e le frodi del settore (cap. 2). Si tratta dell'*Agreement on Agriculture*⁷, che disincentiva le coltivazioni illecite di stupefacenti nei paesi in via di sviluppo, dell'*Agreement on Trade Facilitation*, che, incentivando tra le altre cose la trasparenza delle informazioni doganali, riduce il rischio di pratiche illecite, inclusa la corruzione⁸, del *Customs Valuation Agreement*, che fornisce standard per la determinazione del valore delle importazioni, consentendo di intercettare prodotti dal prezzo non allineato agli standard e dunque frutto, probabilmente, di attività illecita⁹, dell'*Agreement on Preshipment Inspection*¹⁰, che, prescrivendo pratiche standard e requisiti minimi per le ispezioni preliminari alla spedizione, rende queste ultime più efficienti, dell'*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*¹¹, che può essere utile per contrastare talune forme di commercio illecito agroalimentare evitando barriere inutili attraverso la promozione di misure basate sulla scienza (art. 2.2) portato del principio di precauzione, dell'*Agreement on Technical Barriers to Trade*¹² che si occupa delle procedure di valutazione della conformità dei prodotti e di misure sull'etichettatura alimentare, dell'*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement)*¹³.

Gli ultimi due accordi menzionati sono quelli considerati di maggior importanza nel Report; ciò dato che «aiutano, insieme ad altri accordi internazionali, standard e organismi di controllo, a rafforzare la nostra filiera alimentare ... riducendo al contempo le attività di frode alimentare

7 *Agreement on Agriculture*, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag_01_e.htm.

8 *Agreement on Trade Facilitation*, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/tfa-nov14_e.htm.

9 *Customs Valuation Agreement*, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/cusval_e.htm.

10 *Agreement on Preshipment Inspection*, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/21-psi_e.htm.

11 *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/15sps_01_e.htm.

12 *Agreement on Technical Barriers to Trade*, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm.

13 *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm.

transfrontaliera» (cap. 6)¹⁴. Da ultimo, potrebbe rilevare anche il nuovo *Agreement on Fisheries Subsidies*¹⁵ (non ancora in vigore); ciò, dal momento che - qualora la definizione di commercio illecito di prodotti agroalimentari venisse estesa alla raccolta illegale di risorse naturali - lo stesso stabilisce regole che vietano sussidi al fenomeno della pesca “illegale”, attività che determina l’impoverimento del patrimonio ittico mondiale.

Ora, se dalla pubblicazione traspare netto l’importante ruolo del WTO nel contesto in esame, non manca di emergere altresì una consapevolezza ossia quella secondo cui una risposta globale efficace al fenomeno richiede necessariamente una strategia sinergica, che combini l’adozione di normative *ad hoc* e di meccanismi che garantiscano l’applicazione della legge, il coinvolgimento dell’industria e la cooperazione internazionale, nonché la sensibilizzazione e l’educazione dei consumatori.

4. L’importanza di una strategia sinergica nella lotta contro le frodi alimentari

Sotto il profilo della strategia integrata di cui si diceva, la prevenzione del fenomeno è considerata fondamentale, sia per i governi sia per l’industria alimentare.

Tale approccio risulta decisamente più vantaggioso rispetto all’interruzione del commercio già avviato di un alimento e contribuisce a tutelare più efficacemente i consumatori, l’integrità dei prodotti e la reputazione del marchio. In questa prospettiva, assumono particolare rilevanza la riduzione delle restrizioni legate all’importazione e all’esportazione, quali tariffe, sussidi, procedure doganali complesse e, più in generale, l’eccessiva burocrazia alle frontiere. Tra i fattori da considerare secondo la pubblicazione vi è inoltre un dato importante, ossia che le differenze di prezzo esistenti tra il luogo di origine di un alimento e quello di destinazione agevolano il contrabbando.

La pubblicazione assegna inoltre un ruolo centrale alla collaborazione pubblico-privato e alla cooperazione internazionale. Nello specifico, viene dato atto di come il WTO possa svolgere un ruolo fondamentale sotto quest’ultimo profilo, posto che è in grado di riunire governi, settore privato, forze dell’ordine ed esperti provenienti da ogni parte del mondo al fine di farli collaborare nell’individuazione di strumenti di lotta alle frodi alimentari; ciò, grazie in particolare ai già citati *Agreement on Trade Facilitation* e *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*. Con riferimento invece al ruolo dell’impresa privata, è estremamente interessante il riferimento al documento *Food Fraud Vulnerability Assessment Tool*¹⁶ elaborato dalla SSAFE, organizzazione no profit per la tutela della salute umana, vegetale e animale; si tratta di uno strumento gratuito messo a disposizione da tale

14 Così Q. LISSAUR, *Protecting the international food supply chain from fraud* (cap. 6), in *Illicit trade in food and food fraud*, WTO Publications, Londra, 2024, p.69.

15 *Agreement on Fisheries Subsidies*, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/33.pdf&Open=True>.

16 *Food Fraud Vulnerability Assessment Tool*, <https://www.ssafe-food.org/tools/food-fraud-vulnerability-assessment-tool>.

organizzazione (cap. 6) e funzionale a supportare le aziende che operano nel settore alimentare nell'effettuare la valutazione di vulnerabilità in relazione ai fenomeni illeciti in esame (i.e. le frodi alimentari) e implementare misure di mitigazione del rischio.

Sempre tra le strategie, viene considerata irrinunciabile una moderna legislazione sulla sicurezza alimentare, ispirata a un approccio olistico e in grado di ridurre al minimo la possibilità che i "truffatori" sfruttino le lacune nella filiera alimentare. A tal proposito, tale legislazione non dovrebbe trascurare i fattori di vulnerabilità presenti nei moderni sistemi agroalimentari (globalizzazione e allungamento delle filiere di approvvigionamento, insidie dell'e-commerce ecc.; sul punto v. cap. 4). Tra questi elementi di vulnerabilità la pubblicazione annovera specificamente le nuove fonti alimentari e i nuovi sistemi di produzione, come gli alimenti ottenuti da culture cellulari. Questi ultimi, nello specifico, presentano diversi profili di criticità da tenere in considerazione. Sul punto, la pubblicazione fa riferimento, ad esempio, al fatto che le origini recentissime di tali prodotti non abbiano ancora consentito lo sviluppo di terminologie appropriate sul processo e sul prodotto stesso, cosa che potrebbe consentire ad un potenziale "truffatore" di fornire informazioni ingannevoli, ad esempio, sui potenziali benefici di questi nuovi alimenti.

Importanza determinante viene inoltre assegnata, a livello strategico, anche alla battaglia contro le frodi sulle sementi. Sotto questo profilo, si evidenzia come proprio queste ultime costituiscano "il punto di partenza del processo di produzione" (cap. 5) del settore alimentare e come il crescente aumento di pratiche illegali sulle stesse renda necessario adottare, soprattutto a livello nazionale, normative quadro a tutela del diritto di proprietà intellettuale dei *Plant Breeders* (*Plant Breeders' Right* - PBR).

5. Segue. La giustizia penale

Da ultimo, la pubblicazione si dedica della giustizia penale (cap. 7), inquadrata tra i possibili e fondamentali strumenti che gli Stati possono utilizzare nella lotta contro questi fenomeni illeciti. Dal Report emerge in particolare la necessità di non sottovalutare il ruolo giocato dalle organizzazioni criminali nell'ambito della "criminalità alimentare". Più precisamente, la pubblicazione riporta come - pur potendosi riscontrare diverse tipologie di attori coinvolti e diverse "tattiche" utilizzate per realizzare il commercio illecito - un dato funge da comune denominatore: la necessità di trarre in inganno i consumatori. È infatti improbabile che questi ultimi acquistino consapevolmente alimenti dalle origini sospette. Detto ciò, la pubblicazione analizza le molteplici modalità con cui vengono commessi i reati legati al commercio alimentare quando è coinvolta la criminalità organizzata.

Più precisamente, per quanto concerne la questione delle modalità di commissione dei reati, la pubblicazione evidenzia come queste possano mutare a seconda dello scopo delle attività di frode alimentare. Secondo gli Autori, possono infatti prospettarsi due scenari: tali attività possono essere finalizzate a massimizzare i profitti derivanti da attività già in corso o, in alternativa, rappresentare l'obiettivo preso di mira dal singolo o dall'organizzazione

criminale. Nel primo caso, che di base si verifica in aree territoriali in cui la criminalità organizzata è radicata, il gruppo criminale opera controllando direttamente o indirettamente attività commerciali, dalla distribuzione all'ingrosso ai rivenditori. In questo modo è possibile "collocare" i prodotti frutto di attività fraudolenta in qualsiasi fase della filiera avendo come destinatari dei prodotti i consumatori ignari. Nonostante riciclaggio e diversificazione degli investimenti rappresentino lo scopo principale di queste organizzazioni, dalla pubblicazione emerge come la commercializzazione di prodotti alimentari "fraudolenti" consenta alle stesse di massimizzare i loro introiti. Di contro, qualora la frode alimentare sia l'obiettivo del gruppo criminale, si evidenzia come il meccanismo potrebbe essere quello di sostituire, nei confronti di date imprese commerciali, la dazione del c.d. "pizzo" con l'acquisto di prodotti oggetto di contraffazione affinché questi vengano poi venduti come autentici; ciò, in contesti in cui non vi sono controlli di qualità che precedono l'arrivo degli alimenti presso il negozio. Ora, come evidenziato nella pubblicazione, tutto questo crea il rischio che vi sia un'infiltrazione della criminalità nella filiera alimentare per prodotti di massa solitamente poco controllati dalle forze dell'ordine e destinati a raggiungere vaste aree geografiche, situazione aggravata dalla vendita *online*, non solo per via della sua capacità di raggiungere un pubblico potenzialmente illimitato ma anche per via dei lunghi tempi che richiede l'individuazione delle frodi commesse attraverso il commercio elettronico.

Nel Report, anche nella parte introduttiva, viene dunque enfatizzato il fondamentale ruolo che possono svolgere le indagini penali in questo contesto. Indagini penali approfondite e tempestive possono infatti condurre all'identificazione degli autori e dei fatti di frode e al contempo, da un lato, scoraggiarne la commissione in futuro e, dall'altro lato, rendere i consumatori "consapevoli" dei fatti, così da evitare che i cibi oggetto della frode siano consumati da un pubblico ignaro. Il Report ricorda come le indagini debbano ovviamente essere condotte con modalità che variano in funzione del caso affrontato, prendendo in considerazione le prove, le conseguenze delle attività illecite su salute e sicurezza dei consumatori e l'eventuale coinvolgimento della criminalità organizzata. Sotto quest'ultimo punto di vista, tuttavia, una circostanza su cui gli autori inducono a riflettere è che spesso le indagini sulle frodi alimentari iniziano incidentalmente nell'ambito di indagini più ampie aventi ad oggetto le attività lecite e illecite delle organizzazioni criminali. Questo non è un dato di poco momento: gli strumenti utilizzabili da parte delle forze di polizia sono connessi infatti alla tipologia dei reati. È possibile dunque, nel caso di indagini concernenti reati gravi puniti con una certa severità quanto a sanzione detentiva, come per l'appunto l'associazione a delinquere, che gli inquirenti possano ricorrere a strumenti di investigazione più invasivi (come le intercettazioni) e più evoluti tecnologicamente; ciò, con evidente impatto sull'efficienza ed esito delle indagini stesse.

Connessa a quanto sopra riportato è l'esortazione affinché le Forze dell'Ordine di tutto il globo assegnino maggior priorità ai casi di frode alimentare, considerando che grazie ad indagini tempestive ed approfondite è possibile interromperne la perpetrazione. Da



quest'ultimo punto di vista, viene enfatizzato il ricorso agli strumenti tecnologici, considerati risorse fondamentali per combattere le frodi commesse tramite piattaforme commerciali *online*, tanto che il Report riferisce come alcuni paesi abbiano istituito delle vere e proprie "pattuglie informatiche" che impiegano l'intelligenza artificiale per identificare prodotti sospetti, indagare sulle eventuali frodi, con la possibilità di disporre la rimozione del prodotto dalla piattaforma. Da ultimo, sebbene la connessione con la criminalità organizzata non sia scontata, si esortano le Forze dell'Ordine a considerare l'eventuale ruolo di tali organizzazioni nei casi di frode alimentare e l'eventuale commissione di frodi alimentari nell'ambito di indagini più ampie concernenti il crimine organizzato. Ciò dal momento che "*The two often go hand in hand*"¹⁷, come dimostrano i casi sintetizzati dalla pubblicazione stessa. Questa combinazione da un lato incrementa i rischi per la salute ma dall'altro consente alle Forze dell'Ordine di utilizzare mezzi più incisivi per indagare e perseguire le frodi alimentari.

In conclusione, secondo l'Autore del cap. 7, la giustizia penale deve costituire il fulcro degli sforzi che ogni nazione intraprende per contrastare efficacemente questo fenomeno.

17A.M. DE MEO, *Bringing criminal justice to illicit trade in food and food fraud* (cap. 7), in *Illicit trade in food and food fraud*, WTO Publications, Londra, 2024, p. 84.



FOCUS

AMBIENTE ED ECOMAFIE: UN CONNUBIO INDISSOLUBILE NELL'ECONOMIA CIRCOLARE. L'OPERATIVITA' ECOMAFIOSA 2023- 2024. STRUMENTI ABLATORI DELLE CONFISCHE AMBIENTALI

Pierluigi Zarra *

Abstract [It]: La disamina del fenomeno delle ecomafie necessita di un costante aggiornamento, oltre che del proficuo confronto con gli orientamenti sostenuti dalla dottrina e seguiti in giurisprudenza; su questa linea, il presente saggio intende osservare le prassi criminali, legate a crescenti interessi illeciti, apprestando un'analisi in chiave socio-criminologia. In particolare, si osservano quegli eventi di consolidamento delle Ecomafie nel Nord Italia, con uno specifico focus sulle principali attività investigative eseguite dalla Polizia di Stato che hanno dimostrato l'ampiezza e la pervicacia criminale di queste consorterie. La seconda parte del saggio si incentra sull'analisi di matrice prettamente penalistica – dell'evoluzione normativa in tema di ecomafie, con specifico riferimento alle criticità sistemiche antecedenti e susseguenti alla novella del 2015 e sul cambiamento disciplinare afferente al traffico organizzato di rifiuti e ai rapporti con l'associazione a delinquere "semplice" e "di stampo mafioso". La parte conclusiva si propone, infine, di riconsiderare, in chiave "contemporanea", l'intera categoria degli strumenti ablatori, ossia le confische ambientali, con riguardo al disconoscimento della causa di esclusione della confiscabilità e la destinazione dei beni sottoposti a confisca, anche proponendo una "inedita" proposta di riforma.

Abstract [En]: The examination of the phenomenon of ecomafias requires constant updating, as well as the fruitful comparison with the orientations supported by doctrine and followed in jurisprudence; along these lines, this essay intends to observe criminal practices, linked to growing illicit interests, providing an analysis from a socio-criminological perspective. In particular, it looks at those events of consolidation of the Ecomafias in Northern Italy, with a specific focus on the main investigative activities carried out by the State Police that have demonstrated the extent and criminal obstinacy of these consortia. The second part of the essay focuses on the analysis - of a purely criminal matrix - of the regulatory evolution on the subject of ecomafie, with specific reference to the systemic criticalities before and after the 2015 reform and on the disciplinary change pertaining to organised waste trafficking and the relations with 'simple' and 'mafia-type' criminal associations. The concluding part proposes, finally, to reconsider, in a 'contemporary' key, the entire category of ablatory instruments, i.e.



environmental confiscations, with regard to the disallowance of the cause of exclusion from confiscation and the destination of the confiscated assets, also proposing an 'unprecedented' reform proposal.

SOMMARIO: SEZIONE I. DISAMINA CRIMINOLOGICA DELLE ECOMAFIE. 1. Indagine sulla realtà fenomenica delle ecomafie. **-1.1.** Prassi criminali e interessi illeciti delle Ecomafie. **-2.** Il progresso mafioso nel contesto ambientale. Il processo antesignano della Camorra. **-3.** Il consolidamento dell'Ecomafia nel Nord Italia: nuove terre di conquista della 'ndrangheta. **-4.** Il contemporaneo organigramma dell'ecomafie nel settore rifiuti. Gli aggiornamenti del Rapporto Ecomafia 2024. **-5.** Le principali operazioni investigative eseguite dalla Polizia di Stato nel triennio 2021-2023. **SEZIONE II. DISAMINA PENALISTICA DELLA DISCIPLINA AMBIENTALE. -1.** Prolegomeni normativa sulla disciplina penale dell'ambiente. Le priorità sanzionatorie e le criticità sistemiche ante e post la novella del 2015. **-2.** L'attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti. **- 2.1.** La struttura organizzata quale emblematico elemento della fattispecie. **-2.2.** Lineamenti discretivi tra l'associazione per delinquere "semplice", di "stampo mafioso" e il delitto di traffico organizzato di rifiuti: dubbi e perplessità su una fattispecie "ibrida". **SEZIONE III. LE CONFISCHE AMBIENTALI. -1.** Gli strumenti ablatori nella disciplina penale dell'ambiente. Le confische ambientali. **-2.** Il disconoscimento della causa di esclusione della confiscabilità e la destinazione dei beni sottoposti a confisca. **-3.** Valutazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

SEZIONE I DISAMINA CRIMINOLOGICA DELLE ECOMAFIE

1. Indagine sulla realtà fenomenica delle ecomafie.

La fenomenologia delle "Ecomafie" raffigura un nuovo paradigma criminale che coinvolge una molteplicità di settori, incentrati, per finalità imprenditoriali e lucrative, sul traffico e sullo smaltimento illecito dei rifiuti, sull'escavazione, sull'abusivismo edilizio, sul *racket* degli animali, con precipuo riferimento alla macellazione clandestina, alle estorsioni alimentari e agricole, al controllo della filiera agro-alimentare, e, da ultimo, agli incendi.

La stratificazione ed evoluzione del sistema di tutela previsto per l'ambiente si compone in un contesto poliedrico su cui s'incentra l'agenda politica nazionale, europea, convenzionale e internazionale. La preservazione dell'ambiente rappresenta, in siffatta prospettiva, una

questione dirimente, la c.d. “*questione ambientale*”¹; per queste ragioni, lo studio del fenomeno eco-mafioso ha assunto una precipua posizione nella dottrina penalistica².

La dicitura “*criminalità ambientale*”³ comprende connotazioni differenti e in continua evoluzione nella materia *de qua*, mutuando le tendenze delinquenziali che si sono consolidate nella prima fase costitutiva dei sodalizi criminali⁴.

Il termine “*ecomafia*” è stato coniato da Legambiente nel 1994⁵. Dal punto di vista semasiologico, detta locuzione rinvia mentalmente all'appartenenza dei soggetti alle organizzazioni mafiose tradizionali che hanno incentrato il proprio interesse delittuoso verso il mondo ambientale e del paesaggio⁶.

Nella dottrina internazionale non viene adottato questo termine, ma si riferisce alla nozione di *environmental crime*, espressione che sembra delinearsi per lo più sulla forma e modalità di reato, anziché sulla matrice stessa del crimine. Nella letteratura italiana, di contro, il lemma “*criminalità ambientale*” è concepito quale pratica illecita su cui si struttura il sistematico “saccheggio delle risorse e dei beni comuni ambientali”⁷.

Si assiste, pertanto, ad una rimodulazione delle dinamiche criminali, sicché al concetto di criminalità ambientale si privilegia quello di ecomafia, in ordine alla pluralità dei soggetti coinvolti e della diversità operativa del nucleo associato criminale. In particolare, risulta

1 Dottorando di ricerca in Diritto penale, XXXVII ciclo, presso le Università degli Studi di Foggia e Siena; già Avvocato del Foro di Roma; Specialista in professioni Legali presso l'Università “Sapienza” di Roma. È il Coordinatore del Gruppo di Ricerca penalistico di AmbienteDiritto.it.

A. MANICCIA, *Crimini ambientali*, Milano, 2021, passim

2 N. DALLA CHIESA, “Una disciplina in cammino”, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, I, 1, 1/2015, pp. 1-9.; ID., *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Milano, 2012, Cap. I; P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna, 1983.

3 A. PERGOLIZZI, *L'economia avvelenata del crimine ambientale*, in *Moneta e Credito*, LXXI, 284, 2018, 4, pp. 338 ss.

4 Secondo il Focus “Mafia & Rifiuti” della Relazione della Direzione antimafia diffusa il 22 gennaio 2020, le criticità gestionali del rifiuto e la lunghezza della filiera legale aiutano la criminalità organizzata. In questa relazione, la D.I.A. sostiene che: “il crimine ambientale è un fenomeno in preoccupante estensione proprio perché coinvolge, trasversalmente, interessi diversificati. Il prodotto di tali comportamenti illeciti interferisce sull'ambiente e sull'integrità fisica e psichica delle persone, ledendone la qualità della vita, con conseguenti rilevanti costi sociali”.

5 Il termine ecomafia è coniato in collaborazione con Eurispes e l'Arma dei Carabinieri che, nel 1994, hanno pubblicato per la prima volta l'edizione del Rapporto Ecomafia, intitolato “*Le ecomafie – Il ruolo della criminalità organizzata nell'illegalità ambientale*”.

6 L. BONZANNI, *Ecomafie, oggi: l'inversione della rotta dei rifiuti*, in *Diacronie. Studi di Storia Contemporanea*, 39, 2019, pp. 3 ss.

7 A. PERGOLIZZI, *L'economia avvelenata del crimine ambientale*, op. cit., pp. 337 ss.



essenziale incentrarsi sulla dimensione organizzata delle consorterie criminali, concepita come pratica prolungata e sistemica, a partire dall'*asset* organizzatorio del sodalizio⁸.

Queste specifica fenomenologia sorge essenzialmente dall'incontro tra le tradizionali mafie e l'economia ambientale, per cui include tutte quelle tipiche modalità delittuose, anche di stampo mafioso che, in questo contesto, aggrediscono e si riversano sull'ambiente e sull'ecosistema nel suo insieme. Tutto ciò è stato determinato per la formazione di articolati comparti normativi finalizzati alla prevenzione e alla repressione degli illeciti ambientali, mediante la predisposizione di un sistema incriminatorio certamente articolato, ma pur sempre di recente formazione. Attraverso una disamina sui crimini ambientali⁹, risalta l'eterogeneità delle principali componenti normative che ne delineano il sistema di tutela, talché si comprende il motivo per cui le nozioni di crimine e criminalità ambientale annoverano complesse e svariate tipologie delittuose.

Il comparto normativo di matrice penale può dirsi, come poc'anzi rilevato, di recente formazione.

Gli illeciti penali ambientali sono inseriti nel Codice penale, con la Legge Eco-reati n. 68/2015 che ha inserito specifiche norme nel Libro Secondo, Titolo VI- *bis* del Codice. Oltre a ciò, si aggiunge l'intera disciplina di settore prevista dal D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 - *Testo Unico dell'Ambiente* (T.U.A.), ove sono contenuti gli illeciti contravvenzionali.

La dispersività normativa derivante dalla divisione tra le disposizioni del Codice e delle leggi speciali, dunque, nella realtà *extra codicem*, ha indotto ad una "contaminazione" dell'intero settore disciplinare ambientale.

Il predetto apparato difetta di una consistente rete prescrittiva, a cui si associano componenti esterne al contesto normativo, vale a dire quei fattori socioeconomici che, considerati congiuntamente, agevolano l'emersione di comportamenti criminosi e, quindi, dannosi (anche e soprattutto) per l'ambiente.

In quest'ottica, nella criminalità ambientale si riverberano fenomeni disomogenei, ma corrispondenti a differenti ipotesi di reato, che spaziano dalla gestione illecita dei rifiuti e delle discariche, all'abusivismo edilizio, passando per il dissesto idrogeologico, la depredazione del patrimonio artistico-culturale, sino agli investimenti illeciti negli appalti e alle infiltrazioni

⁸ L'associazione dedita al traffico illecito di rifiuti è ora disciplinata dall'art. 452-quaterdecies e punisce: "chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti".

Quanto agli aspetti meramente organizzativi del gruppo criminale, cfr. M. CATINO, *Mafia Organizations. The Visible Hand of Criminal Enterprise*, Cambridge University Press, 2019, pp. 12 ss.

⁹ Si faccia riferimento a L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente. I principi fondamentali. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, Piacenza, 2021, pp. 12 ss.

nelle dinamiche politiche degli enti pubblici¹⁰. Proprio in riferimento a quest'ultima circostanza, è stato coniato un termine specifico, ossia *eco-mafie in comune*¹¹, volendo così indicare quelle realtà comunali attinte dal commissariamento in seguito allo scioglimento del Consiglio comunale dovuto al condizionamento della criminalità organizzata¹².

A questo punto della trattazione, sembra utile effettuare una tripartizione teorico-sistematica della criminalità ambientale che si compone di tre aspetti: *individuale*, *grupale* e *organizzato*. Più in particolare, per quanto riguarda il profilo soggettivo, si assiste a un'ulteriore suddivisione tra la dimensione "*individuale-occasionale*" e quella "*complessa-organizzata*"; quest'ultima attiene alle realtà mafiose impegnate nel settore ambientale, organizzate imprenditorialmente, che adoperarono mezzi e risorse proprie¹³.

Gli elementi di raffronto tra queste due dimensioni hanno riguardo alla modalità di contestazione degli illeciti, in quanto - nella concezione individuale - questa avviene nei confronti di soggetti determinati che non sono riconducibili e/o affiliati a sodalizi malavitosi.

Di contro, l'illecito impiego dell'ambiente, se costituisce mezzo per incrementare i profitti ambientali - come la riduzione dei costi di smaltimento rispetto ai costi ordinari - deve ricondursi al contesto associativo, anche mafioso o nel settore aziendale/imprenditoriale, specie se detta organizzazione persegue specifiche finalità illecite. A tal riguardo, onde implementare il sistema sanzionatorio per i crimini ambientali perpetrati da società ed enti, il legislatore ha provveduto a rimodellare il relativo catalogo dei reati presupposto, inserendo - con l'art. 2 del D. Lgs. n. 121/2011 - i reati ambientali nel novero di cui all'art. 25-*undecies* del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231¹⁴.

In altri termini, l'ecomafia compare quale segmentazione specializzata della più vasta categoria della criminalità ambientale, sicché il campo di analisi deve approfondire i profili

10 Per un'appropriata ricostruzione dell'evoluzione dei rapporti di connivenza tra mafia e politica, anzitutto nel contesto ambientale, cfr. N. DALLA CHIESA, *La convergenza. Mafia e politica nella Seconda Repubblica*, Milano, 2010, pp. 34 ss.

11 Questa espressione è rinvenuta, per la prima volta, nel Rapporto Ecomafia 2020 - *Le storie e i numeri della criminalità ambientale* di LEGAMBIENTE, edito da Ediz. Ambiente.

A luglio 2024, come riportato nello stesso Rapporto Ecomafie 2024, sono stati sciolti 384 Consigli comunali per infiltrazioni mafiose.

12 Dal 1991 al 23 aprile 2024 sono stati emanati nel complesso 653 decreti ex art. 143 nel testo unico sugli enti locali, dei quali 262 di proroga di precedenti provvedimenti; su 391 decreti di scioglimento, 24 Stati annullati dal giudice amministrativo. Considerando che 79 amministrazioni sono state colpite da più di un decreto di scioglimento, gli enti locali complessivamente coinvolti nella procedura di verifica per infiltrazione della criminalità organizzata sono state, fino ad oggi, 326.

13 M. PALMISANO, *Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. Cont.*, 2018, 1, pp. 95 ss.

14 In argomento, cfr. F.C. PALAZZO, *I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, pp. 1 ss.

legati all'estensione e alla dimensione strutturale del crimine, anche nel caso di associazioni mafiose.

Nel contesto in oggetto, la criminalità organizzata esprime un inscindibile connubio tra l'ambiente, le complesse dinamiche di natura economica e le finalità illecite perseguite: tale relazione rappresenta un *quid pluris*, ovvero un valore complementare rispetto all'effetto che questi potrebbero generare nell'ottica delinquenziale, ma non organizzata.

È ben chiaro che la *ratio* su cui potrebbe basarsi tale osservazione s'inverna nel diverso allarmismo sociale apportato dalla realizzazione di fatti criminosi ambientali da parte di un gruppo organizzato, incrementando esponenzialmente il grado di disvalore penale, necessitando, dunque, di una più ferma e rigida risposta punitiva¹⁵.

1.1. Prassi criminali e interessi illeciti delle Ecomafie.

Una volta evidenziati gli aspetti preliminari e costitutivi delle ecomafie e della criminalità ambientale, è opportuno delineare gli spazi di operatività della criminalità organizzata e la sua dimensione fattuale nel contesto del crimine ambientale.

Le mafie oggi prediligono rivolgere l'attenzione verso ambiti affaristico-imprenditoriali atipici rispetto alla "tradizione mafiosa", approfittando della disponibilità di ingenti capitali, accumulati, in precedenza, con le consuete attività illecite, formando così un nuovo contesto criminale *circolare*¹⁶.

Questo rinnovato ambito operativo ha consentito un incessante processo di adattamento alla mutevolezza dei settori delittuosi, aumentando, dunque, le capacità relazionali, sostituendo l'utilizzo della minaccia e violenza¹⁷, sempre più circoscritta a singolari circostanze, a strategie di silente infiltrazione e con azioni dirette alla corruzione, alla più subdola e celata intimidazione.

15 Il riferimento attiene al doppio binario processuale, mediante cui si prospettano soluzioni sanzionatorie anche mitigate, qualora vengano predisposte contro-condotte ristorative, riparatorie e ripristinatorie, ragion per cui detto doppio binario riguarda, "al di là delle ipotesi di associazione di tipo mafioso con finalità di commettere eco-delitti (art. 416-bis aggravata ex art. 452-octies c.p.) il solo delitto di traffico organizzato di rifiuti (art. 452-quaterdecies c.p.), inserito nell'elenco dei delitti di competenza della Procura distrettuale antimafia (art. 51, co. 3-bis c.p.p.), e per tale via oggetto delle conseguenti regole processuali differenziate (in tema ad es. di avviso di proroga delle indagini preliminari, art. 406, co. 5-bis c.p.p.; di utilizzazione delle intercettazioni raccolte in altri procedimenti, art. 270 c.p.p.; di accesso al c.d. patteggiamento allargato; di presupposti per le intercettazioni telefoniche artt. 266, co. 2-bis e 267 c.p.p.; di assoggettabilità alle misure di prevenzione, art. 4 d.lgs. n. 159/2011; di attività sotto copertura".

16 F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, a cura di Rossi, Monteduro, Torino, 2020, pp. 26 ss.; F. CAMPLANI, *L'economia circolare nel sistema del diritto (penale) ambientale. Considerazioni introduttive e sviluppi attuali*, in *L-IUS Riv. sem. del centro studi Rosario Livatino*, 2021, pp. 2 ss.

17 N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Milano, 2012, pp. 11 ss.



Le consorterie mafiose hanno mostrato una specifica tendenza a diversificare le proprie attività delittuose, adattandosi ad abiti settoriali differenti, sfruttandone le debolezze e le fragilità, operando simultaneamente su più mercati, profittando, al contempo, delle divergenze normative presenti nei vari ordinamenti giuridici dei singoli Stati dell'Unione Europea, prosperando nelle proprie attività, con "massimazione" del profitto illecito.

Tra i settori di maggior interesse criminale si annovera il "ciclo dei rifiuti", in ragione degli ampi margini reddituali che detti sodalizi perseguono con codesta attività, correlativamente ai rischi attenuati dalle scarse possibilità di essere successivamente condannati.

Il traffico illecito di rifiuti rappresenta, dunque, un'imponente emergenza, che impone di affinare le strategie di contrasto. Attorno a questo specifico scenario si sono concentrate le attenzioni di molteplici soggetti, per lo più associati o contigui a contesti di criminalità organizzata¹⁸, quanto del mondo imprenditoriale, attratti dagli enormi profitti che la gestione dei rifiuti realizza, traducendosi in una importante ed attuale fonte di guadagno per la criminalità.

La prosperità criminale derivante da codesto settore è generata dalla mancanza di un numero adeguato di impianti di trattamento e termovalorizzazione, soprattutto nel Sud Italia, unitamente alla scarsa incidenza della raccolta differenziata e delle attività di recupero e riciclo, a cui si sommano le componenti congiunturali rappresentati dalle cicliche emergenze legate alle criticità strutturali degli stessi sistemi di raccolta e smaltimento, favorendo, a livello nazionale, "la spedizione dei rifiuti verso il nord, sovraccaricando gli impianti ivi esistenti"¹⁹. Si assiste, quindi, ad una silente e ormai dirompente infiltrazione illegale nel mercato dei rifiuti, tanto da determinare una sensibile variazione delle regole dell'economia lecita, con conseguente incisione sulla libera concorrenza, pregiudicando l'ambiente, l'incolumità e la salute pubblica.

A tal riguardo, le più recenti indagini hanno evidenziato che il traffico illecito di rifiuti è di appannaggio del sistema criminale incentrato sulla complessiva gestione del ciclo, della produzione, della raccolta, del trattamento e dello smaltimento finale. Sebbene si possa sostenere che il fenomeno del traffico illecito di rifiuti costituisca una delle maggiori prerogative criminali dei sodalizi mafiosi, è necessario soffermarsi sull'apporto fornito da soggetti esterni alle già menzionate associazioni criminali, che svolgono, sostanzialmente, funzioni di "intermediazione". Questi possono identificarsi nelle imprese che predispongono attività di recupero e smaltimento dei rifiuti e se ne assumono obblighi e oneri organizzativi,

18 Sull'impresa grigia e l'infiltrazione mafiosa nel tessuto imprenditoriale, cfr. S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'analisi sociologico-giuridica*, Roma, 2018, pp. 41 ss.

19 Breve estratto della *Relazione Annuale della Direzione Nazionale Antimafia* del 2018.

gestionali e anche fiscali. Ed è proprio agli intermediari che i produttori di rifiuti si affidano per ottenere un abbattimento dei costi di smaltimento.

Le società che si adoperano per la ricezione dei rifiuti rappresentano, inoltre, un ulteriore ed essenziale anello congiunturale della catena dei rifiuti, giacché prospettano e attuano un decisivo abbattimento dei costi di trattamento e smaltimento, ricorrendo alla periodica violazione delle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni amministrative.

In considerazione di ciò, il trattamento illecito dei rifiuti coinvolge sostanze altamente inquinanti, come quelle “speciali” o “pericolose” e vengono impiegate quali materie prime senza aver ricevuto alcun trattamento specifico rispetto alla propria categoria di appartenenza come rifiuti speciali.

La fase conclusiva del processo di smaltimento illecito si sostanzia, poi, in una significativa aggressione all’ambiente, manifestandosi sovente in fenomeni di incendi e sotterramento dei predetti rifiuti nel suolo, compromettendo la flora, la fauna e la salute collettiva.

Le attività illecite che contraddistinguono l’operato dei sodalizi criminali configurano precipui modelli delittuosi e si palesano nella gestione dei rifiuti che, senza alcun trattamento, sono reinseriti sul mercato, accompagnati da mendace documentazione attestante il corretto recupero²⁰; stoccaggio in siti abusivi; riempimento delle cave; modificazione dei certificati e codici identificativi delle sostanze come definiti nel catalogo europeo dei rifiuti (CER); gestione di quantitativi di sostanze in misura maggiore rispetto a quanto autorizzato o di tipologia diversa e non compatibile con le caratteristiche degli impianti a ciò adibiti²¹; sversamento di liquidi inquinanti nei terreni e nel mare; trasporto di rifiuti di tipologia diversa dalla documentazione di accompagnamento, o in quantità alterate da quanto autorizzato, sia in altre regioni italiane o all’estero, detta anche pratica del “giro bolla”²²; deposito abusivo dei rifiuti

20 Con riferimento al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, originariamente sanzionato dall'art. 53-bis del D.Lgs. n. 22 del 1997 e, attualmente, dall'art. 260 del D.Lgs. n. 152 del 2006, sussiste il carattere abusivo dell'attività organizzata di gestione dei rifiuti - idoneo ad integrare il delitto - qualora essa si svolga continuativamente nell'inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni, il che si verifica non solo allorché tali autorizzazioni manchino del tutto (cosiddetta attività clandestina), ma anche quando esse siano scadute o palesemente illegittime e comunque non commisurate al tipo di rifiuti ricevuti, aventi diversa natura rispetto a quelli autorizzati. Cass. pen., Sez. III, 15 febbraio 2023, n. 21187.

21 La condotta abusiva idonea ad integrare il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti deriva non soltanto dalla mancanza dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività, ma anche dall'inosservanza di prescrizioni essenziali della stessa. Così, Cass. pen., Sez. III, 14 settembre 2023, n. 42241.

22 Questa pratica consta nella declassificazione fittizia dei rifiuti tossici e dei relativi documenti di trasporto, implica una condotta seriale e organizzata, capace di coinvolgere più soggetti che assolvono a ruoli ben definiti nell'organizzazione di tale attività. In particolare, questa pratica criminale richiede la sussistenza di talune condizioni: l'adoperarsi in senso sostanziale con la predisposizione uso di mezzi atti al trasporto di sostanze dannose o potenzialmente nocive; la relativa falsificazione di documenti di trasporto; la reimmissione delle stesse nel circuito delle materie prime. Si osservi la giurisprudenza in argomento: Cass. pen., Sez. II, 10 marzo 2021, n. 9557 e Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 2011, n. 2787

in capannoni dismessi e poi incendiati, al punto da rimuovere completamente le tracce del reato e/o conseguire profitti illeciti; incendio di impianti che, seppur autorizzati, versano in una situazione di sovraccarico e necessitano di eliminare le quantità di rifiuti in sovrannumero²³.

In particolare, preme evidenziare come, ai fini dell'integrazione del reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p., è sufficiente che anche una sola delle fasi di gestione dei rifiuti avvenga in forma organizzata, in quanto la norma incriminatrice indica, in forma alternativa, le varie condotte che, nell'ambito del ciclo di gestione, possono assumere rilievo penale²⁴.

Quanto alla falsificazione della documentazione afferente alla categoria di appartenenza del rifiuto, questa è da ritenersi quale comportamento propedeutico per l'illecita attività di traffico. Tale attività di contraffazione consente di trasformare i rifiuti - almeno sotto il profilo cartolare - con il loro riutilizzo, divenendo materie prime secondarie o con le autorizzazioni detenute dagli autotrasportatori e relative imprese di stoccaggio, trattamento o smaltimento. Tutto ciò pone condizioni tali da arrecare pericolo per l'ambiente e la salute pubblica. Di fatti, la cd. "declassificazione" del rifiuto procura una notevole sottrazione al fisco della maggior parte degli importi connessi al pagamento dell'ecotassa, riversandosi successivamente sui costi che la P.A. deve comunque sostenere per effettuare bonifiche ambientali e, infine, consente alle imprese di formare capitali fuori bilancio da destinare ad ulteriori attività illecite.

Il coinvolgimento delle associazioni di stampo mafioso per il traffico illecito di rifiuti è riscontrabile mediante le capillari attività investigative che hanno posto in risalto quei rapporti di connivenza instauratisi tra gruppi criminali - egemoni in determinati territori - e imprenditori che forniscono loro i mezzi e la "facciata" organizzativa per conseguire illeciti proventi²⁵.

A prescindere dal fenomeno d'infiltrazione²⁶, diretta o indiretta, e l'inquinamento²⁷ delle imprese che operano in questi settori e dei conseguenti vantaggi economici che ne derivano, seppur indirettamente, dal risparmio dei costi di gestione, le consorterie mafiose traggono

23 Tra i principali esempi di sovrannumero di ingenti quantitativi di rifiuti, si annovera l'emergenza rifiuti che ha interessato la città di Napoli nel 2008. Tale condizione emergenziale ha favorito l'incremento, sotto il profilo operativo-criminale, dei sodalizi della camorra, allo smaltimento di questi rifiuti in esubero. Cfr. G. CORONA – M. FRANZINI, "Capire l'emergenza rifiuti a Napoli. Un'introduzione", in *Meridiana*, XX, 64, 1/2008, pp. 9 ss.

24 Cass. pen., Sez. II, 13/10/2022, n. 45274.

25 Predisponendo un'accurata analisi dell'impresa mafiosa, si consiglia la seguente letteratura, F. SIRACUSANO, *L'Impresa a "partecipazione mafiosa" tra repressione e prevenzione*, in *Arch. Pen.*, 2021, pp. 3 ss.

26 In questo senso, T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018, pp. 97 ss.

27 C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2014, pp. 708 ss.

profitti dall'aggiudicazione di appalti o subappalti pubblici, in virtù di rapporti di natura corruttiva o per tramite di azioni intimidatorie perpetrate in danno delle imprese concorrenti per estrometterle dalle gare²⁸ o imporre l'assunzione di manodopera²⁹. In questa ipotesi, la gestione avviene affidando l'amministrazione a soggetti ad esse appartenenti, a prestanomi (c.d. "teste di legno") o a soggetti compiacenti - il cd. "imprenditore amico" - che consapevolmente pongono la struttura aziendale a servizio dell'organizzazione mafiosa, o si avvalgono - per l'acquisizione del controllo del settore - dell'appoggio di soggetti di elevata caratura criminale. È emersa, oltre alla necessità di acquisire il monopolio del sistema dei rifiuti, la necessità di abbattere i costi legali legati alle complesse procedure di lavaggio di rifiuti plastici derivanti dalle serre, specie per quei prodotti con residui di pesticidi e di diserbanti agricoli, altresì di provvedere allo smaltimento dei fanghi inquinanti e degli altri residui solidi prodotti nell'attività di lavaggio.

Le attività criminali lasciano emergere specifici legami con la *mala gestio* del ciclo dei rifiuti, generando pericoli per la salute pubblica. Tra più rilevanti preoccupanti conseguenze dell'attività illecita di gestione del ciclo dei rifiuti sono gli incendi di natura dolosa che interessano agli impianti di raccolta e smaltimento dei rifiuti e i loro capannoni dismessi. Si tratta di una fenomenologia che ha destato particolare allarme per le ripercussioni che provocano sia la salute pubblica, a causa delle sostanze che vengono immesse nell'aria, certamente tossiche, che intaccano anche le falde acquifere dei terreni agricoli circostanti.

A tal proposito, i roghi dolosi sono conseguenza di antecedenti condotte illecite, realizzate con lo stoccaggio di rifiuti in siti del tutto abusivi – per lo più capannoni dismessi, in seguito dati alle fiamme per poterli smaltire –; tanto quali condotte formalmente inserite in un contesto autorizzato in regime ordinario (AIA, art. 208 TUA) e/o in regime semplificato (*ex* art. 216 TUA), consistenti in plurime e reiterate violazioni delle prescrizioni poste in essere onde "alleggerirsi" del carico dei rifiuti incamerati.

2. Il progresso mafioso nel contesto ambientale. Il processo antesignano della Camorra.

Il sistema camorristico rappresenta quell'organizzazione mafiosa che, per prima, rispetto alle altre realtà criminali ha deliberato il proprio ingresso all'interno del settore illecito della gestione dei rifiuti.

La storia della camorra³⁰ dimostra un'evoluzione assai repentina, ma, dal punto di vista criminale, è possibile individuare delle avvisaglie di tale ingravescenza, correlativamente agli

28 A. MILITA, *Reati ambientali e criminalità organizzata e d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ambientale*, 2012.

29 S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia. L'infiltrazione mafiosa nell'economia legale*, op. cit., pp. 66 ss.

30 L. DI FIORE, *La camorra e le sue storie*, Torino, 2005, passim.

illeciti connessi al ciclo dei rifiuti³¹. Occorre, quindi, partire dal ruolo centrale rivestito dalla *Nuova Camorra Organizzata*, fondata nei primi anni '70 da Raffaele Cutolo³², a cui si deve "il merito" di aver saputo ben coniugare determinate peculiarità, conciliando la "tradizione camorristica" con la più versatile dimensione contemporanea e, poi, moderna della camorra, al punto da consentire l'ingresso della stessa nel settore dell'imprenditoria e dell'apparente legalità³³.

L'iniziazione camorristica nelle dinamiche ambientali può individuarsi nel sisma dell'Irpinia del 1980 che causò il decesso di circa 3.000 morti e particolari lacerazioni nel territorio campano³⁴. Da questo fenomeno si apre una serie imponente di ricostruzioni, caratterizzata da numerose irrorazioni di denaro pubblico, dalla perpetuazione di norme dirette a ripristinare quelle che erano consolidate condizioni emergenziali, preferendo strutture commissariali, ma incentivando, d'altra parte, l'insorgenza di fenomeni corruttivi, concussi, collusivi e di connivenza tra la politica e i rispettivi *clan* territorialmente competenti.

L'insediamento della criminalità organizzata nel settore ambientale, tra cui si annovera anche la speculazione edilizia - concepita quale consumo smisurato e incontrollato del suolo - giunge, poi, all'apoteosi con la spinta voluta dai sodalizi del Casalese, ovverosia quella frangia criminale uscita vincitrice dallo scontro con la N.C.O.³⁵.

Da questi eventi, la camorra ha fattivamente acquisito un'apicale e verticistica posizione nel contesto edilizio quale prerogativa delittuosa di prim'ordine³⁶; realtà prodromica per garantire strumenti e risorse immediate all'organizzazione della più complessa attività del traffico illecito dei rifiuti, potendo, dunque, disporre di macchinari e suolo³⁷.

31 L. BONZANNI, *Ecomafie, oggi: l'inversione della rotta dei rifiuti*, in *Diacronie*, 39, 3, 2019, pp. 10 ss.

32 F. BARBAGALLO, *Storia della camorra*, Roma-Bari, 2010, pp. 119 ss.

33 In argomento, più in generale, cfr. R. SAVIANO, *Gomorra. Viaggio nell'impero economico e nel sogno di dominio della camorra*, Milano, 2006; A. DAL LAGO, *Eroi di carta. Il caso Gomorra e altre epopee*, Milano, 2010.

34 In merito al terremoto irpino e alle sue conseguenze socioeconomiche, cui s'incluse P. FUNARO, *Mani sul terremoto. Campania anni Ottanta, l'altra faccia dell'emergenza*, Napoli, 2012. G. PICONE, *Paesaggio con rovine. Irpinia: un terremoto infinito*, Milano, 2020; G. I. MOSCARITOLO, *Memorie dal cratere. Storia sociale del terremoto in Irpinia*, Firenze, 2020; S. VENTURA, *Storia di una ricostruzione. L'Irpinia dopo il terremoto*, Soveria Mannelli (CZ), 2020.

35 Per un'adeguata ricostruzione degli eventi conflittuali del sistema camorra, cfr. L. BRANCACCIO, *Guerre di camorra: i clan napoletani tra faide e scissione*, in G. GRIBAUDI (a cura di), *Traffici criminali. Camorra, mafie e reti internazionali dell'illegalità*, Torino, 2009, pp. 66 ss.

36 M. ANSELMO, *L'impero del calcestruzzo in Terra di Lavoro: le trame dell'economia criminale dei clan dei casalesi*, in G. GRIBAUDI (a cura di), *Traffici criminali. Camorra, mafie e reti internazionali dell'illegalità*, Torino, 2009, pp. 505 ss.

37 L'agro Casertano ha costituito la principale area di interesse dei Casalesi per la monetizzazione e realizzazione di proventi illeciti derivanti dalla gestione criminale dei rifiuti. Sul punto, cfr. M. ANDRETTA, *Da Campania felix a discarica. Le trasformazioni in Terre di lavoro dal dopoguerra ad oggi*, in *Meridiana*, XX, 2008, pp. 87 ss.



Ed è proprio la gestione dei rifiuti a strutturare la solida base economica per l'istituzione di una nuova redditualità mafiosa³⁸, capace di interessare movimenti che coinvolgono anche l'area Settentrionale della Nazione³⁹. Per queste ragioni, negli anni '80 del secolo scorso, si assiste all'espansione camorristica in determinati comparti economici; evoluzione facilitata, com'è noto, dall'esigenza di contenere i costi di gestione del settore rifiuti⁴⁰. Volgendo un'analisi sull'area del Casertano⁴¹, superata quella fase di imponente industrializzazione di questo territorio - vissuta nel periodo a cavaliere tra gli anni '80-'90 - essa subì le criticità derivanti dal sisma irpino, che causò un collasso imprenditoriale, da cui ne resisterà solo il settore edile per ovvie ragioni legate alla ricostruzione *post-terremoto*. Questo evento ha agevolato lo sviluppo del gruppo dei Casalesi che ne hanno assunto l'egemonia, anche dal punto di vista meramente imprenditoriale, mediante l'acquisizione di terreni da sfruttare successivamente per l'interramento di rifiuti tossici. Si sviluppò, quindi, una serrata connivenza e complicità tra le consorterie locali e personaggi di spicco della politica casertana, emblema di una totale sovrapposizione e commistione tra poteri leciti e illeciti, tra politica, imprenditoria e criminalità⁴². La fenomenologia del condizionamento camorristico⁴³ è uno strumento che permette ai *clan* di disporre di permessi a costruire, oltre a semplificare l'iter procedimentale per ottenere licenze e autorizzazioni per lo smaltimento legale dei rifiuti: come l'organizzazione - tramite aziende infiltrate - della gestione della nettezza urbana⁴⁴ e dei rifiuti solidi urbani⁴⁵.

In particolare, contrariamente a quanto avviene per gli altri traffici illeciti, il sistema dei rifiuti, quale prerogativa imprenditoriale mafiosa, non risulta autosufficiente, ma necessita della complicità altrui - trattandosi, invero, di ipotesi di concorso esterno nell'associazione a stampo

38 I. SALES, *La questione rifiuti e la camorra*, in *Meridiana*, XX, 64, 1/2008, pp. 87 ss.

39 N. DALLA CHIESA, *La convergenza. Mafia e politica nella Seconda repubblica*, Milano, 2010, p. 35.

40 G. CORONA - R. SCIARRONE, *Il paesaggio delle ecomacorre*, in *Meridiana*, XIII, 73-74, 2012, pp. 12 ss.

41 Sulla Terra dei Fuochi: M. ANDRETTA, *Da Campania felix a discarica*, op. cit., pp. 88 ss.

42 È interessante prendere visione di quanto contenuto nella Relazione della DIA 1° semestre del 2023, per cui: "Un'ulteriore e insidiosa minaccia è costituita dalle strategie più subdole e raffinate e adottate dalle organizzazioni camorristiche più consolidate ed orientate all'infiltrazione dell'economia e della finanza anche tramite pratiche collusive e corruttive. I consistenti capitali illeciti, provenienti soprattutto dal traffico di stupefacenti, reimpiegati nell'economia legale, alterano irrimediabilmente le normali regole di mercato e della libertà di impresa, consentendo a tali organizzazioni di acquisire posizioni dominanti, o addirittura monopolistiche, in interi comparti dell'economia e dell'imprenditoria locale".

43 Al 23 aprile 2024, i comuni che sono commissariati in Campania sono: Sparanise, Caivano, Melito di Napoli, Castellammare di Stabia, San Giuseppe Vesuviano, Torre Annunziata, Villaricca. Nella provincia di Caserta ben 38 comuni hanno subito il decreto di scioglimento del Consiglio comunale, mentre nella Provincia di Napoli se ne annoverano 67.

44 D. FORTINI, "Rifiuti urbani e rifiuti speciali: i fattori strutturali delle ecomacorre", in *Meridiana*, XIII, 73-74, 1-2/2012, pp. 89 ss.

45 G. CORONA - R. SCIARRONE, *Il paesaggio delle ecomacorre*, op. cit., pp. 13 ss.



mafioso⁴⁶ - ovvero della sottoscrizione di accordi corruttivi con i pubblici amministrativi, nonché con società pubbliche o private, onde negoziarne eventualmente, seppur indirettamente, le condizioni per l'espletazione dei servizi di gestione di rifiuti⁴⁷.

Nella provincia di Caserta le più recenti evidenze investigative hanno attestato la persistente operatività del cartello camorristico dei Casalesi. Se ne delinea l'evoluzione di questa struttura che presenta varie articolazioni. Fino al 1977, nella provincia di Caserta ha operato un solo nucleo camorristico con al vertice la famiglia Bardellino e, in posizione subordinata, i gruppi Schiavone- Bidognetti-Iovine e De Falco. Successivamente, con la rideterminazione di nuove posizioni criminali, è stata istituita una "cassa comune", mediante cui gestire congiuntamente i relativi affari illeciti di tutti i gruppi componenti il sistema Casalese.

La mappatura geo-criminale casertana rileva complessivamente l'operatività di un'organizzazione tipicamente contraddistinta da una stretta appartenenza familiare e una solida propensione all'infiltrazione nel tessuto imprenditoriale lecito e nella politica. L'illecita attività di gestione dei rifiuti, nella Provincia di Caserta, è stata gestita dalla famiglia Bidognetti⁴⁸, in particolare da Francesco Bidognetti, soggetto apicale dell'omonimo sodalizio.

Le risultanze investigative susseguitesi a partire dal 2013 sino ad oggi (2024) hanno fatto emergere importanti elementi descrittivi l'ecocamorre⁴⁹. Ci riferiamo essenzialmente ad una serie di operazioni di polizia svoltesi nel 2013⁵⁰ che hanno consentito un'adeguata ricostruzione del sistema illecito di rifiuti gestito dalla famiglia camorrista Bidognetti. I produttori industriali di rifiuti avevano interesse a rivolgersi alle consorterie camorristiche della zona per smaltire rifiuti in modo illecito, visto l'eccessivo prezzo dello smaltimento legale e, d'altra parte, l'abbassamento dei costi. Questa determinata domanda aveva accresciuto fattivamente l'interesse della famiglia Bidognetti per canalizzare l'intera gestione dello smaltimento.

La compartecipazione mafiosa-imprenditoriale nell'affare rifiuti determina l'insorgenza di un comune settore redditizio⁵¹, alterando radicalmente la congenita asimmetria del crimine.

46 In generale, cfr. V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, 2ª ed., Torino, 2019, passim.

47 G. BONAZZI, *Storie del pensiero organizzato*, Milano, 2008, pp. 472 ss.

48 Così come riferisce la più recente Relazione DIA, 1° semestre 2023, 120.

49 Più recenti, le attività svolte dalla Polizia di Stato, Arma dei Carabinieri e Guardia di Finanza che hanno portato all'applicazione di misure cautelari verso esponenti di spicco della camorra casalese: N. 157/2022 RGMP e n. 3/2023 RDS emesso il 9 febbraio 2023 dalla Sezione Misure di Prevenzione del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (CE)

50 Trib. Napoli, Ufficio del G.I.P., Sez. 42, sent. nei confronti di Bidognetti Francesco + 2, gup Claudia Picciotti, 13 novembre 2013, 107 ss.

51 Sul punto, cfr. R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Roma, 1998, pp. 23 ss.

Nella transazione, la posizione apicale viene occupata da società che appositamente nascono per coordinare l'intera filiera. Queste aziende risultano essenziali per la costituzione di un ciclo integrato di rifiuti leciti e illeciti, in quanto il profitto apparentemente legale - congiunto agli spazi di operabilità criminale di cui godono i clan camorristici - permette di costituire un remunerativo canale di approvvigionamento di rifiuti, tra cui quelli solidi urbani e della nettezza urbana, *ut supra*.

In questo contesto, vengono costituite imprese "ibride-amiche" dirette esclusivamente all'aggiudicazione degli appalti, ove si manifesta la cointeressenza tra tratti legali e illeciti, tutto ciò favorito dall'assenza di controlli antimafia preventivi, con forti rischi per i finanziamenti derivanti dal PNRR. Queste imprese presentano offerte con ribassi fuori mercato, ma sfruttano gli strumenti illegali apportati dal gruppo criminale che delibera l'uso di metodi intimidatori, violenti o corruttivi⁵².

È il sistema corruttivo che domina la scena operativa. Questo solitamente si risolve in tre fasi: il controllo del voto nelle elezioni amministrative locali, formalizzando una corruzione prodromica alla realizzazione di una futura transazione, adeguata al conseguimento degli appalti pubblici, resa più agevole dall'elezione di soggetti vicini ai *clan* e, quindi controllabili; il pagamento di tangenti ai amministratori locali per ampliare le risorse economiche di provenienza pubblica; la corruzione di uomini preposti ad attività di controllo, costituisce un'ipotesi di corruzione protettiva finalizzata a garantire la riproduzione del meccanismo criminale⁵³.

L'attuazione di questo capillare metodo criminale, incentrato sulla permeabilità delle aziende impiegate nel settore, non è meramente riconducibile al solo contesto Meridionale, ma si estende anche alle realtà del Nord Italia, istituendo nuove opportunità criminali in contesti originariamente refrattari all'assoggettamento mafioso.

3. Il consolidamento dell'Ecomafia nel Nord Italia: nuove terre di conquista della 'ndrangheta.

Il panorama nazionale della criminalità può contare, ad oggi, di una notevole espansione di fenomeni criminali di recente emersione, noti anche come mafie "delocalizzate" e

52 N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo e controllo sociale*, Milano, 2013, passim.

53 Sul tema, in generale, R. SCIARRONE, "Mafia e potere: processi di legittimazione e costruzione del consenso, in *Stato e mercato*, XXVI, 78, 3, 2006, pp. 369 ss.

“neoformazioni⁵⁴”. Tra questi si annovera la ‘ndrangheta⁵⁵ che ha predisposto insediamenti mafiosi fuori regione⁵⁶, lontano dai tradizionali confini calabresi, riversando il proprio interesse nelle regioni del Nord Italia⁵⁷; considerate aree tipicamente refrattarie⁵⁸, “per una serie di ragioni storiche e culturali, a subire i metodi mafiosi”⁵⁹.

In particolare, nella Regione Lombardia, è emerso un diretto connubio tra le neofite associazioni ‘ndranghetiste e lo smaltimento illecito dei rifiuti e il conseguente mutamento del *modus operandi* criminale. La scelta della ‘ndrangheta di intervenire e investire nel settore (illecito) di rifiuti in Lombardia è dovuta a un rinnovato modello di smaltimento, per cui si predilige la logica dell’accorciamento della filiera, lavorando direttamente in una delle principali regioni italiane più produttive di rifiuti, evitando attività di trasporto e di trasporto e lavorazione dal Nord Italia al Sud.

La predominanza criminale della ‘ndrangheta nella Regione Lombardia è dettata, inoltre, dalla piena interferenza tra il ciclo dell’edilizia e dei rifiuti⁶⁰. Sono presenti numerose imprese riconducibili alla ‘ndrangheta nel movimento terra in Lombardia, tanto da istituire un sistema di vantaggio per lo smaltimento a breve distanze, mediante lo sversamento e tombamento dei rifiuti nei cantieri edilizi monopolizzati dalla ‘ndrangheta.

I risultati investigativi e giudiziari⁶¹ hanno tratteggiato taluni “tratti somatici” del modello criminale ‘ndranghetista che si è distinto rispetto alla camorra, già per l’attività di mediazione

54 Sia consentito il riferimento a P. ZARRA, *I labili confini tra criminalità classica e neofite associazioni camorristiche. Il caso peculiare del “Terzo Sistema”*, in *Arch. Pen.*, 1-2021, pp. 4 ss.

55 M. MASSARI, *Gli insediamenti mafiosi nelle aree non tradizionali*, in *Quaderni di sociologia*, XLII, 18, 3/1998, pp. 5-27; F. VARESE, *How mafias migrate: The case of the ‘Ndrangheta in northern Italy*, in *Law and Society Review*, XL, 59, 2/2006, pp. 411-444; N. DALLA CHIESA, *Passaggio a Nord. La colonizzazione mafiosa*, Torino, Gruppo Abele, 2016, passim.

56 E. CICONTE, *‘Ndrangheta padovana*, Soveria Mannelli (CZ), 2010, passim.

57 G. PIGNATORE-M. PRESTIPINO, *Piccolo glossario delle mafie tratto dai documenti ufficiali di Cosa Nostra e della ‘Ndrangheta*, in *Foro it.*, 2013, p. 290. L’associazione criminale denominata ‘ndrangheta si è sviluppata e continua ad operare nella provincia di Reggio Calabria, ed è strutturata in tre diversi mandamenti (jonico, tirrenico e di Reggio centro), all’intero dei quali vi sono articolazioni territoriali che operano all’esterno dei confini regionali calabresi ed anche in contesti internazionali, ma che comunque dipendono direttamente e funzionalmente alla “casa madre” calabrese. In base a numerose attività investigative è emerso come l’associazione calabrese abbia mutato la propria struttura organizzativa tipica di Cosa Nostra, come dimostra la presenza di un organo apicale denominato “Provincia”, composto dai capi dei tre mandamenti, i quali svolgono attività di direzione, coordinamento e regolamentazione.

58 M. MASSARI, *Gli insediamenti mafiosi nelle aree non tradizionali*, op. cit., pp. 8 ss.

59 R. SCIARRONE, *Mafie al nord. Strategie criminali e contesti locali*, Roma, 2014, p. 13.

60 COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SULLE ATTIVITÀ ILLECITE CONNESSE AL CICLO DEI RIFIUTI, *Relazione territoriale sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti nella Regione Lombardia*, Roma, approvata dalla Commissione nella seduta del 12 dicembre 2012, pp. 15 ss.

61 DIREZIONE DISTRETTUALE ANTIMAFIA DI MILANO: Caposaldo (p.p. n. 37625/08, ordinanza di custodia cautelare depositata in data 3 marzo 2011), Cerberus (p.p. n. 27435/08, sentenza del tribunale di Milano n.

- così come avvenuto nell'ambito della discarica di Desio, disvelate dall'operazione "Star Wars"⁶²- anche per la diretta e capillare infiltrazione aziendale. In questo modo, la tipizzazione del modello di gestione criminale del ciclo dei rifiuti si compone di quattro fasi:

- 1) affitto, acquisto, impiego abusivo di un terreno;
- 2) lavorazione del terreno e apertura scavo;
- 3) sotterramento dei rifiuti;
- 4) produzione di materiale edile mediante l'uso di materiali inerti costruiti dagli stessi rifiuti⁶³.

L'attuazione di questo *modus agendi* mafioso ha provocato l'inversione delle rotte di traffici. Se prima l'illecito si dirigeva dal Nord al Sud, oggi sono proprio i rifiuti del Meridione ad accrescere gli introiti illeciti dei clan radicati al Nord⁶⁴.

Viene meno quel rapporto cooperativo tra l'imprenditoria legale ai gruppi criminali, giacché gli imprenditori si relazionano con altri simili, ormai totalmente condizionati alla criminalità, avendo quest'ultima acquisito il monopolio.

La nuova metodologia criminale ideata dalla 'ndrangheta segna un decisivo spartiacque rispetto alla tradizionale gestione illecita dei rifiuti, rafforzando, quindi, un settore industriale illecito che risulta essere ancor più prospero, ma che necessita una contro risposta decisiva da parte dello Stato onde impedire la proliferazione di dette realtà criminali⁶⁵.

4. Il contemporaneo organigramma dell'ecomafie nel settore rifiuti. Gli aggiornamenti del Rapporto Ecomafia 2024.

I dati più significativi del ciclo illegale dei rifiuti nel 2023 manifestano un incremento rispetto a quanto al 2022. Risalta una diffusa violazione delle norme che regolano detto settore e un implemento delle condizioni di permeabilità dei *clan* nell'economia legale, con conseguente aumento dei reati (+66,1%). Ciononostante, sono in aumento anche i controlli effettuati (257.905) che hanno indotto un innalzamento del numero di persone denunciate (10.708, +75,9%) che, di riflesso, ha implementato il numero dei soggetti sottoposti ad arresto (247, +162,7).

6680/2010), Parco Sud (p.p. n. 41849/07, sentenza del gup di Milano pronunciata in data 28 ottobre 2010), Tenacia (p.p. n. 47816/08, ordinanza di custodia cautelare depositata in data 6 luglio 2010), Isola (p.p. n. 10354/05, ordinanza di custodia cautelare depositata in data 4 marzo 2009).

62 COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SULLE ATTIVITÀ ILLECITE CONNESSE AL CICLO DEI RIFIUTI, *op.cit.*, 166-167

63 A.R. GERMANI-A. PERGOLIZZI-F. REGANATI, *Le determinanti del traffico organizzato di rifiuti in Italia: un'analisi empirica a livello regionale*, in *Rivista Economica del Mezzogiorno*, 2017, v. 31, n. 1-2, 269 ss.

64 N. DALLA CHIESA-F. CABRAS, *Rosso mafia. La 'ndrangheta a Reggio Emilia*, Milano, 2019, pp. 353 ss.

65 Sul punto, V. RUGGIERO, *I crimini dell'economia. Una lettura criminologica del pensiero economico*, Milano, 2013, passim.

In aumento anche l'incidenza dei reati nelle principali regioni del Sud Italia a prevalenza mafiosa vale a dire Campania, Puglia, Calabria e Sicilia. Si passa dal 44,7% al 46,1. %, con la Campania in testa alla classifica, ove sono stati riscontrati ben 1.859 illeciti penali, corrispondenti al 20% complessivo dei dati nazionali. In Puglia sono stati registrati 881 reati, pari al 57,4%. In Calabria, si assiste all'incremento dei reati ecomafiosi, pari al 140,7% rispetto al 2022. In Sicilia sono 726 i reati ecomafiosi identificati.

Quanto alle altre regioni, formalmente refrattarie al sistema mafioso, il Lazio si assesta in prima posizione. Sale in classifica anche la Sardegna, con 580 reati. Circa le regioni soggette all'espansione delle neofite associazioni mafiose, la Lombardia si conferma la prima regione del Nord, con 566 reati, ovverosia al +56, 4%. Osservando il contesto provinciale, ad Avellino sono stati commessi 763 reati, superando il capoluogo Napoli, a seguire Roma, con 274, Caserta (224) e Foggia "a pari merito". Nei primi quattro mesi del 2024, sono 608 le inchieste per attività organizzata di traffico illecito di rifiuti che hanno portato a 3.424 arresti, 10.772 denunce, 1.691 imprese coinvolte e 51 Stati esteri.

Le indagini svolte nel 2023 e nei primi mesi del 2024 dalla Polizia di Stato, Arma dei Carabinieri Forestali e Guardia di Finanza hanno dimostrato una precipua propensione delle compagini *"delinquenziali a infiltrarsi in tutte le fasi del ciclo della gestione dei rifiuti, specie dei rottami metallici, dalla raccolta al trasporto, fino al recupero o allo smaltimento, allo scopo di sfruttare le enormi possibilità di lucro, alterando il corretto funzionamento del mercato"*⁶⁶. Quanto sopra si realizza con l'uso di società cartiere, adibite all'emissione di false documentazioni, con l'ausilio di professionisti che gestiscono complessi sistemi di frode e riciclaggio di denaro illecito, favoriscono la corruzione tra i pubblici funzionari per il rilascio di autorizzazioni false, predispongono piani per l'ottenimento di finanziamenti pubblici, nazionali ed europei.

ILLEGALITA' AMBIENTALE NEL 2023

	Carabinieri	GdF	CdP	CFR	Polizia di Stato	Totale
Controlli	862.440	0	503.907	81.031	25	1.447.403
Reati	22.835	1.284	9.168	2.132	68	35.487
Denunciati	22.001	1.021	10.208	1.064	176	34.481
Arrestati	244	18	30	12	15	319
Sequestri penali	4.452	985	1.286	339	90	7.152
Illeciti amm.	39.841	844	19.131	4.056	0	63.872
Sanzioni amm.	63.198	768	19.369	4.726	0	88.061
Sequestri amm.	896	0	152	221	0	1.269
Valore economico sanzioni e sequestri	699.486.722	21.296.197	17.611.791	1.560.521	258.582	740.213.813

66 E. FONTANA, *Rifiuti, un settore a forte rischio*, in *Ecomafia 2024. Le storie e i numeri della criminalità ambientale in Italia*, Milano, 2024, p. 20.

ILLEGALITA' AMBIENTALE NELLE REGIONI A TRADIZIONE MAFIOSA (2023)

	Campania	Puglia	Calabria	Sicilia	Totale
Reati	4.952	3.643	2.912	3.922	15.429
% sul tot. reati nazionali					43,5%
Denunciati	4.643	3.404	2.758	3.515	14.320
Arrestati	49	38	15	29	131
Sequestri	1.241	1.074	669	615	3.599
Illeciti amm.	4.840	5.766	3.947	4.506	19.059
Sanzioni amm.	7.134	8.348	4.287	8.965	28.734

I reati del ciclo illegale rifiuti, accertati nel 2023, incentrati sullo smaltimento abusivo sono in netto aumento rispetto all'annata 2022, assestandosi al +60.8%.

Si registra anche un incremento del numero di reati, 9.039, +66,1 %, sia dei denunciati, 10.708, ossia +75,9%, aumentano gli arresti, ben 247, +162,8%, diminuiscono gli illeciti, 8.476, -20%, altresì le sanzioni amministrative, pari a 9.066, -12,5%.

I REATI DEL CICLO DEI RIFIUTI NEL 2023, VARIAZIONE CON IL 2022

	Controlli	Reati	Denunciati	Arrestati	Sequestri	Illeciti amm.	Sanzioni amm.	Valore economico sequestri
Ciclo rifiuti 2023	257.905	9.309	10.708	247	2.900	8.476	9.066	306.931.786
Variazione rispetto al 2022	+60,8%	+66,1%	+75,9%	+162,28%	+54,8%	-25,3%	-26,6%	-32,7%

Circa la classifica delle principali regioni per l'illegalità ambientale, si conferma il *trend* del 2022, con la Campania al primo posto, a seguire la Sicilia, la Puglia e la Calabria. Toscana e Lazio si confermano in quinta e sesta posizione.

Di seguito, una tabella riepilogativa delle 8 posizioni.

Regione	Controlli	Reati	Reati in %	Denunciati	Arrestati	Sequestri	Illeciti amm.	Sanzioni amm.
1. Campania	115.838	4.952	14%	4.643	49	1.241	4.840	7.134
2. Sicilia	112.192	3.922	11,1%	3.515	29	615	4.506	8.965
3. Puglia	144.485	3.643	10,3%	3.404	38	1.074	5.766	8.348
4. Calabria	115.133	2.912	8,2%	2.758	15	669	3.947	4.287
5. Toscana	114.523	2.318	6,5%	2.273	1	302	5.755	7.531
6. Lazio	105.149	2.200	6,2%	2.122	14	596	4.109	4.530
7. Sardegna	102.936	2.076	5,9%	1.857	46	282	2.395	2.787
8. Lombardia	40.451	1.974	5,6%	1.907	49	554	2.876	5.662

È aggiornata anche la classifica provinciale delle principali realtà territoriali ove si registrano numerosi illeciti ambientali, tra cui l'attività organizzata al traffico illecito di rifiuti.



Napoli ricopre il primo posto, con 1.494 reati, seguita dalla provincia di Avellino, con 1.203; a seguire Bari con 878 reati. Interessante è il dato sulle altre province, specificamente Venezia, Lecce, Sassari, Agrigento, Crotone, Vibo e Messina che scalano detta classifica, a dimostrazione dell'aumento dei fenomeni criminosi su tutto il territorio nazionale.

CLASSIFICA PROVINCIALE 2023 SULL'ILLEGALITA' AMBIENTALE

Provincia	Reati	Illeciti amministrativi
1) Napoli	1.494	1.462
2) Avellino	1.203	287
3) Bari	878	1.397
4) Roma	867	1.211
5) Salerno	815	1.370
6) Palermo	710	759
7) Foggia	703	1.285
8) Cosenza	697	894
9) Venezia	662	1.395
10) Lecce	615	1.253
11) Livorno	604	1.064
12) Latina	588	1.124
13) Sassari	569	796
14) Genova	543	869
15) Agrigento	523	393
16) Crotone	515	550
17) Reggio Calabria	513	1.266
18) Vibo Valentia	507	679
19) Pescara	456	880
20) Messina	448	754

In merito al delitto di organizzazione illecita di rifiuti, art. 452-*quaterdecies* c.p., i controlli effettuati, a livello nazionale, dal 1° gennaio 2023 sino al 31 dicembre 2023 sono stati 123, i reati consumati e iscritti al registro delle notizie di reato sono 68; le persone denunciate risultano essere 595, gli arrestati sono 86; i sequestri effettuati sono 138; da ultimo, il valore dei beni sequestrati per questo reato è pari a 30.317.941 euro.

5. Le principali operazioni investigative eseguite dalla Polizia di Stato nel triennio 2021-2023.

Il 9 febbraio 2021, il personale della Squadra Mobile della Questura di Lecco ha effettuato un'esecuzione di un provvedimento restrittivo personale e reale nei riguardi di 18 soggetti



indagati per associazione di tipo mafioso, traffico illeciti di rifiuti, emissioni di fatture per operazioni inesistenti, riciclaggio, autoriciclaggio, usura aggravata ed esercizio abusivo di attività finanziaria.

L'attività investigativa, coordinata dalla Procura di Milano, ha permesso la dettagliata ricostruzione delle dinamiche criminali attuate da un sodalizio attiguo alla 'ndrangheta, radicato nell'entroterra lecchese e riconducibile alla locale Calolziocorte (LC). Questa consorterìa è ritenuta tra gli insediamenti mafiosi calabresi più consolidati in Lombardia. A tal proposito, le risultanze investigative hanno fatto emergere dettagliate strategie di infiltrazione economica del gruppo 'ndranghetista in oggetto, dedito allo spostamento di ingenti somme di denaro diretto ad una reiterata e sistematica attività di reimpiego nel settore del traffico di metalli e rifiuti ferrosi. Il 25 febbraio 2021, la Squadra Mobile di Nuoro ha eseguito misure cautelari reali, ovvero il sequestro di beni mobili e immobili nei riguardi di 9 soggetti ritenuti responsabili, a vario titolo, del delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, gestione illecita di rifiuti e inquinamento ambientale. Le indagini hanno portato alla luce l'operatività criminale di questo gruppo dedito alla raccolta, allo smaltimento illecito di un ingente quantitativo di rifiuti, nonché l'intera gestione di una discarica abusiva, collocata in una zona adiacente a terreni destinati al pascolo di bestiame.

La Sezione di Polizia Giudiziaria della Polizia Stradale di Udine, in cooperazione con il Compartimento stradale del Friuli-Venezia Giulia e con le Sottosezioni di Polizia Stradale di Palmanova e Amaro (UD) ha eseguito, il 12 giugno 2021, due decreti di perquisizione disposti a seguito di una capillare attività investigativa diretta al contrasto del traffico internazionale di rifiuti. In seguito a tale inchiesta è stato possibile rinvenire e sottoporre a sequestro ingenti quantità di rifiuti illecitamente stoccati; si tratta di circa 1100 metri cubi di pneumatici usati e circa 200 batterie d'auto esauste, presso due depositi risultanti nelle disponibilità di 23 indagati di origine africana, sottoposti alla misura precautelare dell'arresto in flagranza del reato di traffico illecito di rifiuti.

La Squadra Mobile di Avellino ha dato esecuzione, il 4 novembre 2021, ad un decreto di sequestro preventivo sull'impianto "H20 s.r.l." con sede a Calabritto (AV), emesso dal G.I.P. su richiesta della competente Procura. Nel caso di specie, erano emerse reiterate violazioni in ordine all'attività non autorizzata di deposito di rifiuti, anche speciali, nelle aree esterne all'impianto, in base al superamento del quantitativo massimo di rifiuti stoccati nello stabilimento sottoposto a sequestro e poi affidato a custodia.

Il Servizio Centrale Operativo, congiuntamente alla Squadra Mobile di Latina e al Compartimento della Polizia Stradale di Latina hanno dato esecuzione, il 13 dicembre 2021, ad un provvedimento cautelare per 10 soggetti coinvolti in associazione a delinquere dedita al traffico illecito di rifiuti, reimpiego di denaro illecito, autoriciclaggio, truffa aggravata e trasferimento fraudolenti di valori, a cui si aggiunge un decreto di sequestro preventivo per

una società. Quanto al sequestro preventivo, è equivalente a 3 milioni di euro. L'indagine ha accertato la sussistenza di un sodalizio criminale, promosso, diretto e organizzato da un imprenditore contiguo ad alcuni esponenti delle cosche 'ndranghetiste operanti in Catanzaro e nel cosentino. In specie, l'imprenditore, già attinto da interdittive antimafia, in Calabria, ha riversato le sue strategie imprenditoriali nella provincia di Roma rilevando imprese in crisi, aggiudicandosi appalti pubblici per spurgo fognature. Il Commissariato di Licata (AG) ha dato esecuzione, in data 20 marzo 2023, ad un decreto di sequestro su tre discariche abusive, ove erano stati conferiti abusivamente rifiuti di diversa natura. Detta attività ha portato al deferimento di due dirigenti dell'azienda preposta allo smaltimento dei rifiuti, ritenuti responsabili di numerose violazioni della normativa ambientale. La Squadra Mobile di Trapani ha eseguito provvedimenti restrittivi per 7 soggetti per smaltimento di rifiuti in discariche abusive situate in zone gestite dal WWF nei comuni di Trapani e Paceco (TP). Il Servizio Centrale operativo e la Mobile di Latina hanno eseguito un'ordinanza di custodia cautelare, in data 26 luglio 2023, nei confronti di un imprenditore e dirigente di una municipalizzata (ATER di Roma), ritenuti responsabili dei delitti di corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio e traffico illecito di rifiuti. Nello specifico, sono stati raccolti informazioni rilevanti su cui si basano gravi elementi indiziari verso questi soggetti che risultano coinvolti in attività di sversamento di rifiuti nel sistema fognario per un totale di 2.371 tonnellate, con annessa falsificazione di numerosi documenti attestanti la regolarità dello smaltimento. A Reggio Calabria, il 30 novembre 2023, la Squadra Mobile ha eseguito un decreto di sequestro preventivo d'urgenza per un ramo aziendale della società "Villa Aurora hospital s.r.l." relativo alla gestione illecita della struttura sanitaria. Detto provvedimento è scaturito da una lunga indagine di polizia che ha fatto emergere un complesso sistema di smaltimento illecito di rifiuti realizzato dal personale dipendente della struttura sanitaria in oggetto, che, in modo continuativo, sistematico e protratto, procedeva a mescolare rifiuti ospedalieri pericolosi con quelli della raccolta "ordinaria". Nel mese di Dicembre 2023, a Modena, sono state emesse 7 misure cautelari per traffico organizzato di rifiuti. L'indagine è stata coordinata dalla DDA di Bologna. Gli interessati avevano condotto un'attività organizzata, senza autorizzazione, di smaltimento illecito, a partire dalla raccolta sino al trasporto, per lo stoccaggio e l'interramento, al fine di conseguire profitti illeciti. Dalle intercettazioni ambientali predisposte è stato possibile ricostruire ogni fase dell'attività criminosa, a partire da chi si occupava dell'intercettazione dei rifiuti, passando per il trasporto non autorizzato, sino allo sversamento e interrimento degli stessi. A Reggio Calabria, nel mese di febbraio 2024, è stato scoperto un traffico superiore a 5.000 tonnellate di rifiuti scaricati nel torrente Valandini. Sono risultate coinvolte, in detta attività, 5 persone con specifici precedenti in materia ambientale e ritenuti appartenenti ad un gruppo mafioso della zona, titolari e dipendenti di un'azienda specializzata per la demolizione e movimento terra, accusati, così, di



far parte di un'associazione dedita al traffico illecito di rifiuti. L'azienda coinvolta, facente capo ai 5 soggetti sopra individuati, riceveva e trasportava nel proprio cantiere, con false documentazioni di trasporto, ingenti quantitativi di inerti provenienti da altre attività edili. Venivano effettuati reiterati sversamenti di rifiuti speciali con l'uso di mezzi pesanti all'interno del torrente Valanidi.

La Direzione Distrettuale Antimafia di Catanzaro ha emesso, a marzo 2024, 18 misure cautelari nei confronti di soggetti indagati per la gestione di 34 depuratori calabresi. In particolare, questi soggetti, facenti parte di una società, avrebbero ottenuto l'aggiudicazione di gara d'appalto con prezzo al ribasso del 54%, non consentendo lo svolgimento effettivo del servizio. Oltre a ciò, sono stati falsificati i formulari per lo smaltimento dei rifiuti, attività retribuita dalle amministrazioni servizi non eseguiti dalle società designate ed assegnatarie degli appalti. È stata contestata, inoltre, l'utilizzo della metodologia mafiosa nei confronti di un dipendente di una società che ha subito minacce da parte di esponenti apicali di una cosca locale di 'ndrangheta.

SEZIONE II

DISAMINA PENALISTICA DELLA DISCIPLINA AMBIENTALE

1. Prolegomeni normativa sulla disciplina penale dell'ambiente. Le priorità sanzionatorie e le criticità sistemiche *ante e post* la novella del 2015.

Effettuata la disamina storico-criminologica sul fenomeno delle associazioni dedite al traffico illecito di rifiuti, l'area di indagine deve incentrarsi sulla risposta sanzionatoria che l'ordinamento appresta in questa materia, con particolare riguardo alle novità normative apportate per il contrasto alle ecomafie. Si delineano profili di frammentarietà e disomogeneità normativa⁶⁷, capaci di incentivare un'attività di comparazione necessariamente basata su due direttrici. La prima attiene all'inserimento del delitto di attività organizzata al traffico illecito dei rifiuti nel Codice penale, segnatamente al Titolo VI-*bis* del Codice penale; l'altra, invece, di natura contravvenzionale, come previsto dagli artt. 254 sino al 266 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.U. Ambiente)⁶⁸.

67 Tale frammentarietà è riscontrata anche in seguito a quanto stabilito alle Direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE che sono state parzialmente recepite dai D.Lgs. del 2006 e del D.Lgs. n. 121 del 2011, nella parte in cui si prospetta una suddivisione del concetto normativo di bene ambientale, per cui si suggerisce all'Italia di prestabilire fattispecie lesive delle singole componenti in tema di ambiente. Cfr. G.M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/88/CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Dir. commercio internazionale*, 2010, 3, p. 449.

68 Preme specificare, a tal proposito, che la disciplina italiana sull'ambiente era inizialmente incardinata sul sistema contravvenzionale. In argomento, cfr. A. MANNA, *La legge sui c.d. eco-reati: riflessioni critiche di*

L'intendimento politico-legislativo volto a riconoscere autonomia e vigore, in termini di tutela penale, all'ambiente si è concretizzato nell'epocale riforma della L. n. 68 del 2015 che ha investito complessivamente la struttura normativa del Codice penale, raggruppando in un unico Titolo varie fattispecie delittuose che incriminano condotte lesive dell'ambiente. Da qui s'invera codiscisticamente la rinnovata dimensione giuridica dell'ambiente, quale necessaria correlazione tra le componenti umane e il contesto ambientale circostante, rinvenendo, dunque, nella disciplina penale ambientale una spiccata matrice "antropocentrica"⁶⁹.

Anteriormente alla riforma del 2015, le norme ambientali erano custodite nel T.U. del 2006 e nel D.Lgs. n. 121/2011. Le maggiori criticità del suindicato sistema normativo avevano riguardo all'assenza di un codice di riferimento che potesse dare a tale disciplina quel requisito di unitarietà da sempre mancante, in evidente distonia con l'ordinamento europeo, convenzionale e internazionale. In aggiunta, veniva appurata l'insufficienza, in termini di tutela, del sistema meramente basato su strumenti di natura contravvenzionale, oltre alle congenite difficoltà probatorie qui riscontrate. Tutto ciò si riversava in effettive limitazioni sul sindacato del giudice penale inerente agli atti amministrativi illegittimi contenenti condotte offensive per l'ambiente.

Per queste ragioni, è stata adottata una risposta sanzionatoria più decisiva, con la L. 68 del 2015, mediante cui sono stati inseriti sette delitti nel nuovo Titolo del Codice penale.

Il nuovo sistema penale ambientale tenta di recepire le spinte europee dirette al contrasto dei fenomeni pregiudizievoli per l'ambiente⁷⁰, seguendo essenzialmente due percorsi: un canale preventivo e, d'altra parte, un'apposita disciplina inibitoria di quelle condotte di mero pericolo. Al fine di attuare una corretta armonizzazione del diritto nazionale rispetto alla disciplina europea⁷¹, è stato inserito nel Codice penale un nuovo Titolo, il VI-bis, laddove sono comprese quelle fattispecie di reato che risultano oggettivamente dannose per l'ecosistema e l'equilibrio ambientale. Ciononostante, dall'analisi della nuova disciplina, prende vigore quell'*intentio legis* volta a garantire la più ampia tutela all'ambiente mediante la previsione di ipotesi di pericolo astratto, determinando, per tali fini, un sensibile incremento della soglia di tutela dell'oggettività giuridica *de qua*, per una migliore strategia di contrasto alla criminalità ambientale⁷².

carattere introduttivo, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (dir. da), *Trattato di diritto penale. Parte generale e Parte speciale, Riforme 2008-2015*, Torino, 2015, pp. 971 ss.

69 Nei medesimi termini, D. FRANZIN, *Governo penale dell'ambiente e non punibilità condizionata*, Napoli, 2018, pp. 13 ss.

70 M. BENOZZO, *La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tra internazionalità, grave negligenza e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Dir. e giur. Agr. Amb.*, 2009, pp. 231 ss.

71 L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, passim.

72 AMOROSO, *Una rivelazione destinata a incidere nel contrasto*, in *Guida dir.*, 25, 13 giugno 2015, pp. 31 ss.

È opportuno tenere in considerazione che la nuova normativa penale non è esente da considerazioni critiche, i profili di determinatezza ed efficacia operativa. Più nello specifico, ci si riferisce a quelle formulazioni normative che comprendono locuzioni come “abusivamente”⁷³ e ai parametri su cui si struttura il processo di valutazione dell’offesa, risultando entrambi assai generici. Basti pensare a quelle ipotesi delittuose in cui si richiede che il danno sia irreversibile e che a questo debba seguire una compromissione significativa e misurabile e ai casi in cui si prevede che l’eliminazione degli effetti derivanti dalla condotta illecita debba essere particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti di natura eccezionale⁷⁴.

2. L’attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti.

La genesi normativa del delitto *de quo* è individuabile nel Decreto Ronchi del 2001, precisamente all’art. 53-bis del D.Lgs. n. 22/1997, inserito dalla L. n. 93 del 2001. Attualmente la disciplina normativa in esame è traslata - per effetto dell’attuazione del principio di riserva di codice in materia penale (art. 3-bis c.p.)⁷⁵ - nell’art. 452-quaterdecies c.p.⁷⁶.

Anteriormente all’applicazione della riserva di codice, da cui è conseguito l’inserimento di tale delitto nel Codice penale, l’attività organizzata al traffico illecito di rifiuti era disciplinata dall’art. 260 T.U.A.⁷⁷ che presentava il medesimo contenuto normativo ora in vigore, conforme anche alla formulazione dell’art. 53-bis del Decreto Ronchi⁷⁸. Ciononostante, può dirsi

73 Nello specifico, C. MONFERINI, *Il dolo nei reati di criminalità organizzata ambientale. La coscienza dell’illiceità del programma associativo e la coscienza dell’abusività nell’attività organizzata per il traffico di rifiuti: gli obblighi non scritti dell’atto autorizzativo e l’ignoranza inescusabile*, in *Lexambiente Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2023, 2, pp. 81 ss.

74 G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 9 ed., Bologna, 2024, pp. 203 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI- G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 13 ed., Milano, 2024, pp. 244 ss.; C.F. GROSSO-M. PELISSERO- D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, pp. 589 ss.;

75 L’art. 3-bis c.p. è stato inserito dall’art. 1 del D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21 (Riforma Orlando). Questa norma ha consentito l’inserimento codicistico di tutte quelle disposizioni incriminatrici che erano previste da norme di settore in vigore che abbiano ad oggetto la tutela di beni di rilievo costituzionale, acché formare un corpo normativo omogeneo.

76 Si rinvia alla più recente letteratura sul tema: A. GALANTI, *I delitti contro l’ambiente. Analisi normativa e prassi giurisprudenziale*, Pisa, 2021; L. TALDONE, *Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti*, in L. CORNACCHIA-N. PISANI (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell’ambiente*, Bologna, 2018, pp. 618 ss.; A. ONORE, *Ambiente e dinamiche delittuose. Traffico illecito di rifiuti e fattispecie associative*, in *Arch. pen.*, 2, 20 maggio 2022; M. PALMISANO, *Il reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti nell’applicazione giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. amb.*, 3, 2022, pp. 1 ss.; E. BLASIZZA, *Ambiente 2020: manuale normo-tecnico*, Milano, 2020.

77 C. BERNASCONI-M. GUERRA, *Sub art. 260, d.lgs. 152/2006*, in F. GIUNTA (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, Padova, 2007, pp. 415 ss.

78 L’art. 53-bis del D. Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (inserito dall’art. 22 della L. 23 marzo 2001, n. 93) così stabiliva: «Chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l’allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti è punito con la reclusione da uno a sei anni.2. Se si tratta di rifiuti ad alta radioattività

compiuto il fenomeno successorio di norme penali, dando continuità normativa tra le norme in esame⁷⁹. Soffermandoci sull'attuale previsione legislativa, è d'uopo sottolineare che l'art. 452-*quaterdecies* rappresenta il primo delitto a dolo specifico⁸⁰ che si annovera nella nuova disciplina penale dell'ambiente⁸¹. Quest'ultimo elemento consente un distinguo rispetto alla stragrande maggioranza dei reati ambientali come previsti dall'intera legislazione penale⁸². La norma si contraddistingue, inoltre, per l'imponente base edittale che punisce con la reclusione da 1 a 6 anni chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti. È prevista anche un'aggravante che comporta la reclusione da tre a otto anni, qualora l'attività criminosa coinvolga rifiuti speciali ad alta radioattività.

Il quarto comma regola il riconoscimento della sospensione condizionale della pena nell'ipotesi in cui il reo si sia adoperato per eliminare il danno o il pericolo arrecato all'ambiente.

L'ultimo comma consente di irrogare la misura della confisca obbligatoria delle cose che servirono a commettere il reato o che ne costituiscono il prodotto o il profitto.

La formulazione normativa in oggetto risulta in linea e, pertanto, coerente con le problematiche che caratterizzano l'intera disciplina penale dell'ambiente, riversandosi, invero, anche sulla fattispecie associativa in esame. A partire dall'individuazione dell'oggettività giuridica sorgono talune criticità, poiché la norma propende a preservare l'ambiente e l'incolumità collettiva⁸³. In questo modo, il delitto è strutturato sulla plurioffensività, condizione incidente sulla rilevanza della pericolosità (presunta) che deve essere concepita quale motivo di incriminazione, non già come elemento tipico del reato. Non si esige alcuna verifica in concreto dell'effettivo pregiudizio arrecato, ma l'incentrarsi direttamente sulla

si applica la pena della reclusione da tre a otto anni. 3. Alla condanna conseguono le pene accessorie di cui agli articoli 28, 30, 32-bis e 32-ter del codice penale, con la limitazione di cui all'articolo 33 del medesimo codice. 4. Il giudice, con la sentenza o con la decisione emessa ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, ordina il ripristino dello stato dell'ambiente, e può subordinare ove possibile la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione del danno o del pericolo per l'ambiente».

79 Così come riferito accuratamente in letteratura da A. GALANTI, *Il traffico illecito di rifiuti: il punto sulla giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 12, pp. 31 ss.

80 C. MONFERINI, *Il dolo nei reati di criminalità organizzata ambientale*, op. cit., pp. 84 ss.

81 G. DE SANTIS, *Il delitto di "attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti" nel quadro della annunciata riforma dello statuto penale dell'ambiente*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2008, pp. 756 ss.

82 C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, 5 ed., Torino, 2024, 312 ss.; M. BELLACOSA, *Il contrasto in Europa al traffico illecito dei rifiuti su base transnazionale; il ruolo del diritto penale nell'ambito di un approccio interdisciplinare*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 4, pp. 183 ss.

83 A. DI AMATO, *Codice di diritto penale delle imprese e della società annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2014.

condotta tenuta, per cui questa è punita senza verifica del pericolo, essendo questo presunto *iuris et de iure*⁸⁴.

Altro profilo da analizzare attiene all'individuazione del soggetto attivo del reato. Dalla disamina del dato letterale, il reato si presenta come reato comune ("Chiunque").

A tal proposito, si è osservato che questa caratteristica normativa possa contrastare con il requisito dell'allestimento dei mezzi e dell'attività continuata ed organizzata, sicché, da questo dato, dovrebbe sostenersi la qualificazione del delitto in commento quale reato proprio, o meglio, a soggettività ristretta, con riferimento alla figura dell'imprenditore (art. 2082 c.c.)⁸⁵.

Pur trattandosi di una fattispecie apparentemente monosoggettiva, per cui non si richiede la partecipazione necessaria di più individui, si può sostenere la natura plurisoggettiva, avendo connotazione associativa, specie per quel che attiene al parametro dell'allestimento di mezzi e attività e dell'attività di mediazione e commercio⁸⁶. Orbene, la norma contiene uno specifico riferimento ai mezzi e alle attività continuative organizzate; questa consente di annoverare tale delitto nella categoria giuridica dei reati abituali propri. In ragion di ciò, i fatti di reato devono essere molteplici e la reiterazione presuppone un arco temporale che può essere più o meno lungo, ma comunque apprezzabile.

La consumazione del reato abituale proprio si verifica con l'ultimo atto di questa serie di fatti⁸⁷, mentre il reato stesso si perfeziona nel momento e nel luogo in cui le condotte realizzate diventano riconoscibili, e ciò avviene quando l'agente realizza un minimo di condotte tipizzate dalla norma incriminatrice e dirette alla gestione abusiva di ingenti quantitativi di rifiuti, collegate tra loro da un vincolo di abitudine⁸⁸.

La clausola di antigiuridicità speciale ("abusiva") ha alimentato il dibattito in sede dottrinale circa l'evenienza che la condotta possa ritenersi parimenti abusiva quando la violazione attenga ad altre prescrizioni ed a limiti insiti nell'autorizzazione stessa. Così, il requisito dell'abusività sussisterebbe sia per le attività completamente illegali o illecite, non ravvisandosi, di contro, nel caso di attività autorizzate dalla legge⁸⁹. Di contro, si ritiene possibile identificare - proprio all'interno delle attività lecite - condotte abusive da cui può

84 In generale, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII, Bologna, 2019.

85 A. COSTA, *Le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, i rapporti con l'associazione a delinquere e l'associazione a delinquere di stampo mafioso alla luce della legge 136/2010*, in A. PIEROBON (a cura di), *Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente*, a cura di Pierobon, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 1589 ss.

86 Questa osservazione è confermata dalla più recente giurisprudenza: Cass. pen., Sez. III, 10 settembre 2021, n. 41583.

87 Circa il tempo e il luogo di consumazione del reato in commento: R. LOSEGNO, *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti: il labile confine (anche territoriale) tra perfezionamento e consumazione del reato abituale*, in *Riv. giur. dell'Ambiente*, 2021, pp. 22 ss.

88 Cass. pen., Sez. III, 16 aprile 2021, n. 14248.

89 G. AMENDOLA, *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale "abusivo"*, in *Riv. trim. dir. pen. Ambiente*, 2015.

muoversi un rimprovero penale, anche quando queste coinvolgano “di riflesso” le prescrizioni imposte dalla legge⁹⁰. Seguendo questa prospettiva, il delitto in parola è configurabile anche nelle ipotesi in cui l’attività delittuosa sia marginale o secondaria rispetto alla condotta principale che, *ex adverso*, risulti lecita.

In verità, il criterio dell’antigiuridicità speciale assolve ad una mera funzione distintiva, ma incidente nel rapporto che sussiste tra giustizia penale e scelte incriminatorie; decisiva, peraltro, alla delineazione dell’area del penalmente rilevante negli eco-delitti, dacché l’abusività della condotta permette di sanzionare solo quelle attività che fattivamente oltrepassano la soglia del rischio consentito.

L’abusività della condotta si collega, in modo funzionale, alla *ratio* del rischio consentito, per cui un’aggressione penalmente rilevante è concepibile esclusivamente nella circostanza in cui l’attività abbia effettivamente travalicato i limiti del rischio consentito⁹¹. Tra gli altri profili critici, è opportuno soffermarsi tanto sul requisito dell’ingente quantità⁹² - riferibile alla gestione abusiva dei rifiuti - quanto alla nozione di ingiusto profitto costituente la finalità criminosa prevalente.

Circa il quantitativo da considerarsi per muovere un addebito penale ai sensi dell’art. 452-*quaterdecies* c.p., qualora non venga determinato dalla legge, è rimesso alla discrezione dell’interprete. Ciò ha agevolato l’attività ermeneutica della giurisprudenza che ha provato ad elaborare criteri univoci di valutazione.

Da ultimo, la Cassazione ha sostenuto che la definizione di “ingente quantitativo” non avrebbe potuto essere preventivamente individuata ad opera del legislatore, mediante riferimenti esclusivi a dati specifici, dovendosi contrariamente incentrarsi su giudizi complessivi, ove si tenga conto delle finalità perseguite dalla norma stessa, dalla tipologia del reato e dal livello di pericolosità per l’ambiente e la salute collettiva⁹³.

Si può conclusivamente sostenere che il sopra indicato requisito deve riferirsi all’insieme di rifiuti trattati nelle varie operazioni compiute, anche quando queste, considerate singolarmente, risultino di modesta entità⁹⁴. Si è detto che il reato in parola si presenta quale reato a dolo specifico corrispondente all’ingiusto profitto perseguito dal reo. Si è soliti

90 P. DELL’ANNO, *Diritto dell’ambiente*, Milano, 2021; M. CATENACCI, *I delitti contro l’ambiente fra aspettative e realtà*, in *Riv. trim. dir. pen. Ambiente*, 2015, pp. 9 ss.

91 A. GARGANI, *Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell’ambiente*, in *Discrimen*, 11 febbraio 2020, pp. 22 ss.

92 E. LO MONTE, “La locuzione “ingenti quantitativi” (art. 53 bis, d.lgs. n. 22/97, ora art. 260, d.lgs. n. 152/06) al vaglio della giurisprudenza: dall’indeterminatezza normativa alle tautologie interpretative”, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell’ambiente*, 7-8, pp. 492 ss.

93 Cass. pen., Sez. III, 15 giugno 2021, 23347.

94 F. PINELLI – A. BERARDI, *Lineamenti di diritto penale dell’ambiente e della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2020, pp. 182 ss.

interrogarsi sulla qualificazione che bisogna dare a questo parametro, ovverosia se il profitto deve circoscriversi ad aspetti patrimoniali o può comprendersi anche vantaggi non patrimoniali seguiti, direttamente o indirettamente, quale ultronea connotazione dell'ingiustizia.

Deve considerarsi "ingiusto" quel profitto che, derivante da una condotta abusiva e anticoncorrenziale, genera danno e/o pericolo per l'ecosistema e l'ambiente, al punto da limitare le attività di accertamento sul settore dei rifiuti. Per queste valide ragioni, il profitto può consistere in un vantaggio diretto di natura patrimoniale, così anche nel beneficio derivante dalla riduzione dei costi aziendali per lo smaltimento dei rifiuti o delle sostanze nocive⁹⁵.

2.1. La *struttura organizzata* quale emblematico elemento della fattispecie.

Elemento cardine del delitto in disamina è l'*organizzazione*⁹⁶, che assume un diverso significato rispetto a quello rivestito nelle "tradizionali" fattispecie associative: si pensi all'associazione a delinquere "pura-semplice", a quella di stampo mafioso, alla banda armata e all'associazione dedita al traffico di sostanze stupefacenti. Per quest'ultime, l'organizzazione designa quella condotta che interessa i soggetti che ricoprono una posizione apicale; associata, invero, alle altre attività di promozione, costituzione e direzione del sodalizio; mentre, nella fattispecie di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p., il criterio organizzativo forma elemento costitutivo del delitto⁹⁷.

Preme osservare come l'ipotesi delittuosa di traffico organizzato non si struttura a tipica fattispecie associativa - ove si procede a sanzionare l'associarsi (tre o più persone), al fine di

95 Cass. pen., Sez. III, 28 febbraio 2019, n. 16056.

96 S. ALEO, *Delitti associativi, concorso esterno, epistemologia della complessità e teoria dell'organizzazione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1, 2023, pp. 23 ss.

97 C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, 5 ed., Torino, 2024, 312 ss.; L. CORNACCHIA, *Diritto penale dell'ambiente. Diritto penale d'impresa e reati ecologici*, Bologna, 2024, pp.175 ss. R. LOSEGNO, *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e diritto vivente: ancora attuale e ragionevole la collocazione tra i reati di cui all'art. 51, comma 3 bis c.p.p.?*, in *Lexambiente*, fasc. 4, 2020, pp. 12 ss. In particolare, C. RUGA RIVA, *Il traffico organizzato di rifiuti: una inedita fattispecie di organizzazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2023, 3, pp. 53 ss.; G. DE FALCO, *Il traffico illecito di rifiuti e la giurisprudenza*, in *IndustrieAmbiente*, 1 dicembre 2024, pp. 1 ss.; L. PRATI, *Il nuovo reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti: una norma problematica*, in *Ambiente e Sviluppo*, n. 7/2001, pp. 625 ss.; A. L. VERGINE, *Sul delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, in *lexambiente.it*; S. BELTRAME, *Traffico illecito di rifiuti: tra dubbi e perplessità... alla ricerca di parametri interpretativi*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2004, 3, pp. 229. V. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, pp. 663 ss.

Nella giurisprudenza, si veda Cass. pen., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 29619; Cass. pen., Sez. III, n. 46705 del 3 novembre 2009, n. 46705, con nota di S. MARASCIALLI, *Le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti una breve analisi del reato*, in *Dir. e giur. agr. Alim. e Amb.*, 2010, 9, pp. 549 ss.; Cass. pen., Sez. III, 15 settembre 2021, n.42631; Cass. Sez. III Pen. 3 agosto 2022, n. 30612; Cass. pen., Sez. III, 12 marzo 2024, n.16714; Cass. pen., Sez. III, 15 maggio 2024 n. 35108.



realizzare un numero indefinito di prossimi delitti – ma rileva quale fattispecie organizzativa che incrimina la realizzazione - in forma strutturata - per modalità, tempi e quantità del traffico di rifiuti, ovverosia di fatti che costituiscono *ex se* contravvenzioni, come l’abusiva gestione di rifiuti, ai sensi dell’art. 256, D.Lgs. n. 152/2006: eventi che devono necessariamente realizzarsi, non solo programmati dal sodalizio.

Il concetto organizzativo è identificato nell’*“allestimento di mezzi e attività continuative organizzate”*, ma è indispensabile sindacare su quale sia il significato normativo che deve a ciò attribuirsi, rapportandolo alla gestione abusiva di ingenti quantitativi di rifiuti.

Il criterio dell’organizzazione può dirsi soddisfatto qualora l’associazione presenti una organizzazione “di base”, altresì rudimentale, per cui si dedica anche non principalmente all’esecuzione delle attività illecite⁹⁸. In quest’ottica, il delitto è perfezionato quando sussista una rudimentale, ma pur sempre necessaria organizzazione professionale, comprensiva di mezzi e capitali.

In considerazione di ciò, è da escludersi che dall’analisi sulla complessa struttura possa desumersi l’indispensabile presenza dell’imprenditore quale soggetto attivo del reato, per cui se ne potrebbe confermare la natura monosoggettiva/plurisoggettiva propria della fattispecie *de qua*, vale a dire di un soggetto idoneo ad organizzare individualmente “più operazioni” di raccolta, trasporto, smaltimento, recupero di “ingenti quantitativi di rifiuti”, mediante l’allestimento di mezzi e attività continuative organizzate⁹⁹. Predisponendo un attento esame sulle pene accessorie che conseguono dalla condanna - come previste dall’art. 452-*quaterdecies*, co. 3, c.p., segnatamente l’interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese - sarebbe possibile tracciare quale sia stato l’effettivo intendimento legislativo nella fase genetica della norma, per cui si tratterebbe di una fattispecie monosoggettiva incentrata sulla posizione e figura dell’imprenditore.

Malgrado ciò, risulta assai arduo aderire a questa teoria, giacché risulterebbe riduttiva e circoscriverebbe eccessivamente il campo d’azione della fattispecie, lasciando fuori dal perimetro penale quei soggetti diversi dall’imprenditore. Ciò posto, dal prospetto applicativo, nonché pragmatico, deve riscontrarsi come la contestazione per il reato di traffico organizzato di rifiuti poggia strutturalmente su quanto previsto dall’articolo 416 c.p. o sull’articolo 110 c.p., in tema di concorso di persone nel reato, dimostrando, in questo modo, come anche codesta fattispecie associativa “speciale” si incentri su di una dimensione plurisoggettiva¹⁰⁰.

Si giunge, quindi, a questa definizione seguendo un ragionamento logico-deduttivo che si basa essenzialmente sulle effettive difficoltà che verrebbero riscontrate nella movimentazione

98 Cass. pen., Sez. III, 28 febbraio 2019, n. 16056.

99 Cass. pen., Sez. III, 22 novembre 2021, n. 42631.

100 Cass. pen., Sez. III, 16 novembre 2021, n. 41583.

di tonnellate di rifiuti in totale assenza di qualsivoglia cooperazione di più soggetti e la conseguente divisione di ruoli e compiti, così anche per quello che riguarda la gestione dei mezzi di raccolta, di trasporto, la formazione di formulari falsi delle relative bolle di accompagnamento, l'individuazione dei siti di conferimento e di smaltimento, di scarico di recupero rifiuti e, da ultimo, all'attività di vigilanza diretta a assicurarsi la buona riuscita delle operazioni criminali, comunque sia assai complesse¹⁰¹.

L'elemento dell'organizzazione deve essere valorizzato non solo per escludere la natura comune del reato, ma anche nella più grave ipotesi delittuosa del traffico organizzato dei rifiuti. Non v'è chi non veda come soltanto quel soggetto che ha assunto una posizione di organizzatore, in più quelle complessive attività criminose, che partono dall'individuazione del sito di conferimento, comprendono l'impartizione di istruzioni per la falsificazione dei formulari, sino all'assolvimento di funzioni dirette al controllo dell'attività criminose, per cui dovrebbe essere considerato quale artefice dell'organizzazione e della sua struttura operativa criminale.

Di converso, non prevedendo la fattispecie in commento la mera partecipazione alla struttura delittuosa, diretta da altri, questo elemento sembrerebbe distintivo rispetto al contesto attuativo dei delitti di cui agli artt. 416¹⁰² e 416-bis c.p., dacché i singoli attori di specifiche condotte, anche qualora queste vengono reiterate, dovrebbero rispondere delle singole violazioni contravvenzionali - come il trasporto abusivo, lo smaltimento abusivo - sanzionate dall'articolo 256 T.U.A. e non per il reato associativo. Sebbene questa osservazione possa essere suggerita e condivisa, non ricevere il medesimo riscontro nella realtà processuale e probatoria, dal momento che anche singoli conferitori o trasportatori sono, poi, accusati di traffico organizzato, malgrado non vi siano indizi o prove effettive e concrete sul loro coinvolgimento nella struttura organizzata diretta alla movimentazione di ingenti quantitativi rifiuti. Questa soluzione viene dunque perorata in sede giudiziale mediante il riconoscimento applicativo della disciplina del concorso di persone (110 c.p.), *id est* il c.d. "concorso esterno", che consente di attribuire il delitto associativo ad ogni soggetto che abbia, in qualche modo, contribuito, anche con una condotta evidentemente marginale, rispetto alla complessità e alla struttura organizzata dedita al ciclo abusivo di rifiuti, seppur questi soggetti non abbiano concorso minimamente all'ideazione o alla organizzazione di detto sodalizio criminale.

La teoria che consente l'estensione della responsabilità penale per tutti i soggetti che partecipano, per varie posizioni, alla gestione abusiva dei rifiuti - nella forma del concorso nel

101 In generale, cfr. A. ONORE, *Ambiente e dinamiche delittuose. Traffico illecito di rifiuti e fattispecie associative*, in *Arch. pen.*, 2, 20 maggio 2022.

102 A. BARAZZETTA, Sub art. 416, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (dir. da), *Codice penale commentato*, II, Milano, 2021, pp. 2097 ss.

reato proprio - non convince per una serie di ragioni. Bisogna partire dalla disamina di quelle condotte che sono realizzate e volute dal trasportatore o dal conferito abusivo, ad esclusione di quelle ipotesi in cui questi soggetti siano consapevoli di apportare un apprezzabile contributo ad un'organizzazione criminale nota per il proprio modo di agire, nonché nelle circostanze in cui questi eseguono specifiche istruzioni, ovvero *dictat* degli organizzatori, in modo consapevole, anche in rapporto al contesto in cui questa associazione criminale è effettivamente inserita e attiva. È indispensabile distinguere, dunque, queste specifiche situazioni da quelle condotte realizzate dei singoli che costituiscono, di per sé, le contravvenzioni di gestione abusiva di rifiuti, anche eventualmente nella ipotesi continuata (art. 81, cpv., c.p.).

Oltre a ciò, bisogna incentrarsi sulla caratura criminale dell'attività che può sussistere solo in presenza dell'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, in quanto questa condizione rappresenta una particolare caratteristica che ne desta uno specifico allarmismo sociale che giustifica univocamente una pena più severa e delle conseguenze disciplinari¹⁰³ più gravi rispetto a quanto si verifica per le ipotesi di mere contravvenzioni in tema di rifiuti.

In siffatta prospettiva, il riconoscimento del concorso di persone nel reato associativo dovrebbe essere circoscritto alle sole condotte che risultano essere causali alla costituzione, all'implementazione stabilizzazione operativa dell'organizzazione, giammai alle singole condotte di raccolta, trasporto, smistamento, smaltimento dei rifiuti. Cosicché, dal punto di vista soggettivo, il dolo previsto per l'autore o per il complice del reato di traffico organizzato di rifiuti deve esaurirsi nella rappresentazione e volontà di organizzare o prender parte all'organizzazione, ossia associarsi o predisporre una struttura sistematicamente diretta alla gestione illecita e abusiva di ingenti quantità di rifiuti, a cui si aggiunge il dolo specifico consistente nell'ingiusto profitto.

Dando seguito a questa osservazione, si consentirebbe il riconoscimento della differente ipotesi di realizzazione monosoggettiva o plurisoggettiva della contravvenzione di cui all'art. 256 T.U.A. (gestione abusiva di rifiuti); di converso, qualora venga accertata la presenza di una pluralità di condotte abusive di trasporto, ricezione, esportazione, importazione, smaltimento frequenti nel tempo, dovrà applicarsi l'ipotesi più grave del delitto associativo. Da qui, riconoscendo dignità scientifica a questa interpretazione, sarebbe possibile oltrepassare quelle congenite criticità normative riscontrate, conformando detta disciplina al principio di ragionevolezza ed uguaglianza, per cui deve sanzionarsi la condotta dell'inconsapevole partecipe all'organizzazione dedicata alla gestione abusiva di rifiuti, ma applicando le pene previste dall'art. 256 T.U.A., anche nella circostanza in cui vi sia concorso di persone,

103 L. RAMACCI, *Questioni processuali relative al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* (art. 452-quaterdecies cod. pen., in *Riv. trim. dir. pen. ambientale*, 4, 2021, pp. 1 ss.

delimitando la configurazione del delitto di traffico organizzato a coloro che rivestono una posizione apicale nel contesto organizzato - come i promotori, organizzatori, finanziatori – o a chi abbia consapevolmente condotto un apprezzabile contributo per rafforzare e consolidare la struttura criminale. Nella prospettiva del concorso di reati, l’attuazione dei citati criteri porterebbe a negare il concorso tra i reati di traffico organizzato e la contravvenzione di gestione abusiva di rifiuti, poichè la prima ipotesi delittuosa costituisce reato complesso che ricomprende in sé varie tipologie contravvenzionali, distinguendosi, invero, dalla presenza dell’elemento dell’organizzazione che risulta specializzante¹⁰⁴.

In conclusione, la configurazione del delitto di traffico illecito di rifiuti comporta la realizzazione di più illeciti contravvenzionali di gestione abusiva di rifiuti, ma compresi in un contesto operativo complesso e articolata, nonché temporalmente protratto¹⁰⁵.

2.2. Lineamenti discretivi tra l’associazione per delinquere “semplice”, di “stampo mafioso” e il delitto di traffico organizzato di rifiuti: dubbi e perplessità su una fattispecie “ibrida”.

Altra questione controversa attiene alla relazione tra le varie fattispecie associative presenti nel nostro ordinamento penalistico e il traffico organizzato di rifiuti. È imprescindibile accertare se possa configurarsi un concorso di reati tra queste norme, soprattutto quale sia il rapporto con la circostanza aggravante eco-mafiosa, *ex art. 452-octies c.p.*¹⁰⁶, laddove il traffico di rifiuti costituisca il delitto-fine del sodalizio criminale. Si deve proporre un confronto strutturale tra le norme in oggetto, sia per quel che concerne la diversa oggettività giuridica, sia per gli elementi costitutivi.

Partendo dall’art. 452-*quatercedies c.p.*, codesta norma si pone a tutela dell’ambiente e dell’incolumità pubblica, anche se essa non può annoverarsi quale fattispecie a concorso necessario – potendo essere addebitata anche ad un singolo autore – presume l’esecuzione di più attività mediante l’allestimento di mezzi e attività continuative organizzate¹⁰⁷. Ciò rappresenta il fattore discretivo, altresì incidente, su quei profili di compatibilità con i tradizionali delitti associativi, sia “semplice” che mafiosa.

L’art. 416 c.p. implica la presenza del vincolo associativo stabile o permanente, identificabile nel c.d. “*affectio societatis*”, ovvero quel rapporto consolidato, duraturo e perpetuo tra i consociati e l’associazione che prescinde dal compimento di delitti programmati e

104 C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, Torino, 2021, pp. 298 ss.; A. GALANTI, *I delitti contro l’ambiente*, op. cit., pp. 42 ss.

105 P. FIMIANI, *La tutela penale dell’ambiente. I reati e le sanzioni. Il sistema della responsabilità. Le indagini, il processo e la difesa*, Milano, 2022, pp. 893 ss.

106 Per una dettagliata analisi dell’art. 452-*octies c.p.*, cfr. G. AMARELLI, Sub *art. 452-octies*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (dir. da), *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini, Gatta, III, Milano, 2021, pp. 46 ss.

107 L. TALDONE, *Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti*, op. cit., pp. 629 ss.



dall'indeterminatezza della progettualità criminosa¹⁰⁸, a cui si aggiunge l'esistenza di una struttura organizzata, seppur minima, ma oltremodo adeguata al raggiungimento degli scopi criminosi¹⁰⁹.

Discorso differente per l'associazione di stampo mafioso che si contraddistingue per una struttura complessa¹¹⁰, di talché questo delitto è configurato quando ricorra quel *quid pluris* rispetto alla mera organizzazione plurisoggettiva e alla presenza di un programma delittuoso, cioè a dire il metodo mafioso¹¹¹.

Tanto ciò premesso, l'ulteriore elemento discretivo con le altre fattispecie associative ha riguardo alla natura plurioffensiva dell'art. 416-bis c.p., posto a presidio dell'ordine pubblico¹¹², della libertà morale dei consociati, della libertà di mercato, dell'iniziativa economica, dell'imparzialità e buona andamento della P.A.

Altra distinzione con l'ipotesi di associazione "semplice" consiste nell'inversione della relazione sussistente tra strumenti e fini: se per il mero partecipe la consumazione di delitti è il fine stesso dell'associarsi, per il sodale mafioso lo svolgimento dell'attività delittuosa è il tramite per perseguire un obiettivo "temerario", basato sulla complessiva e protratta gestione di persone e beni in un determinato contesto territoriale¹¹³.

108 Cass. pen., Sez. III, 7 settembre 2021, n. 33087

109 M. LEONI-A.G. VITALE, *Le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260, d.lgs. 152/2006) e rapporti con l'associazione a delinquere*, in *Amministrativamente*, 11-12, 2014, pp. 1 ss.

110 G. SPAGNOLO, *La messa a fuoco della questione: dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, pp. 156 ss.

111 Si consiglia la seguente letteratura: I. MERENDA-C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis c.p. tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 2019; B. ROMANO, *Le associazioni di stampo mafioso*, Torino, 2015; G. FIANDACA-F. ALBEGGIANI, *Struttura della mafia e riflessi penal-processuali*, in *Foro it.*, 1989, 2, pp. 78; F. MANTOVANI, *Mafia: la criminalità più pericolosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 9; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 808-820; G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. dir.*, 1983, pp. 61 ss.; G. TONA, *Reati associativi e di contiguità*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (dir. da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2008, III, pp. 1063 ss.;

G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 1161; R. CANTONE, *Associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2011, p. 30; A. INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997, pp. 135; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2014, vol. I, pp. 479 ss.; G. DE FRANCESCO, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, 2, pp. 54 ss. Da ultimo, sia consentito il rinvio a P. ZARRA, *I labili confini tra criminalità classica e neofite associazioni camorristiche. Il caso peculiare del "Terzo Sistema"*, op. cit., pp. 14 ss.; ID., *Sui rapporti tra compartecipazione attiva all'associazione mafiosa, favoreggiamento personale e concorso esterno in associazione mafiosa: tra prassi applicativa e diritto vivente*, in *Arch. Pen.*, 15 maggio 2021, pp. 1 ss.

112 G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988.

113 In merito alla consumazione spazio-temporale del delitto di attività organizzata di traffico illecito di rifiuti, si rinvia a S. RAFFAELE, *Le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti: riflessioni su tempus e locus commissi delicti*, in *Giur. it.*, 2, 2022, pp. 444 ss.

Le due ipotesi di reato, benché astrattamente simili, divergono dal delitto di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p., giacché quest'ultimo consiste *"nell'allestimento di mezzi e attività continuative e nel compimento di più operazioni finalizzate alla gestione abusiva di rifiuti, così da esporre a pericolo la pubblica incolumità e la tutela dell'ambiente"*¹¹⁴.

Non sussiste, dunque, un rapporto di "genere a specie", anche dalla prospettiva fattuale e descrittiva, pur presentando elementi accomunanti con le note fattispecie associative codicistiche. Queste distinzioni sono rimarcate nel fatto che il delitto associativo si incentra sulla realizzazione del singolo delitto-scopo, per cui l'accordo associativo presenta caratteristiche permanenti. Dall'altro profilo, il traffico illecito dei rifiuti intende incriminare quei comportamenti non occasionali tra soggetti che - onde conseguire un ingiusto profitto - elevano l'illecita gestione dei rifiuti a loro redditizia attività, per cui occorre necessariamente una struttura professionale (d'impresa), di mezzi, uomini e capitali, anche in forma rudimentale, capace di gestire e controllare l'afflusso di ingenti quantitativi di rifiuti in modo continuativo, predisponendo operazioni in continuità temporale¹¹⁵. Questo *continuum* criminoso deve invernarsi in un'attività stabile. Non appare decisivo, quindi, incentrarsi sul requisito della stabilità dell'associazione e dell'indeterminatezza dei delitti – elementi tipici del 416 c.p. – considerato il criterio della "pluralità di operazioni" e della continuatività dell'attività prevista per il reato di traffico organizzato.

L'elemento discrezionale tra reati associativi e il concorso di persone (110 c.p.) nell'art. 452-*quaterdecies* c.p. non dovrebbe basarsi sulla materialità delle condotte integranti il delitto di traffico organizzato di rifiuti, così anche per l'aspetto organizzativo, piuttosto sull'attività di traffico illecito che venga realizzata da più persone che si associano per svolgere prioritariamente quell'attività, adducendo, per ognuno, un contributo oggettivo che non deve necessariamente integrare la condotta specificamente prevista dall'art. 452-*quaterdecies* c.p.

La caratteristica di "atipicità" della condotta associativa in correlazione con quella prevista dall'attività organizzata del traffico illecito di rifiuti si potrebbe desumere dall'evenienza – prevista normativamente dall'art. 452-*quaterdecies*, co. 5, c.p. – secondo cui anche i P.U. o I.P.S. che assolvono a funzioni o servizi ambientali possano far parte dell'associazione¹¹⁶. Viene sottolineata, in questo modo, l'eterogeneità della condotta associativa da quella tipica prevista per il traffico organizzato di rifiuti.

In verità, si potrebbe ritenere che le difficoltà di contrassegnare l'associazione dall'organizzazione si fondano sull'ambivalenza riscontrata dalla figura delittuosa del traffico

¹¹⁴ Cass. pen., Sez. III, 17 maggio 2017, n. 52633. Nel medesimo senso, più recente, Cass. pen., Sez. III, 19 maggio 2022, n. 19665.

¹¹⁵ Cass. pen., Sez. III, 7 settembre 2021, n. 33087.

¹¹⁶ Cass. pen., Sez. III, 25 maggio 2022, n. 30612.

organizzato, dacché questa origina dalla necessità di sopperire all'impossibilità di contestare l'associazione a delinquere, qualora sia riferita a contravvenzioni, come la gestione abusiva di rifiuti, ma che non assume strutturalmente i connotati tradizionali del delitto associativo finalizzato alla commissione di reati contravvenzionali; vicenda che sarebbe potuta manifestarsi qualora il legislatore avesse volutamente aggiornare le consuete fattispecie associative incentrate sulla commissione di soli delitti.

Da ultimo, il percorso d'indagine sugli elementi distintivi tra le norme qui in commento dovrebbe poggiarsi sull'elemento soggettivo, ovvero sulla consapevolezza degli associati di far parte di un sodalizio permanente e durevole e della loro disponibilità ad operare in un arco temporale illimitato per l'attuazione del programma delittuoso comune. A tal riguardo, anche qui residuano talune problematiche in sede probatoria, non essendo agevole distinguere la tipologia di dolo da quello che dovrebbe animare i concorrenti nel traffico organizzato di rifiuti che devono essere consapevoli e voler contribuire consapevolmente e personalmente all'organizzazione che è continuamente dedita alla gestione illecita di rifiuti¹¹⁷.

Così, qualora illecito sia stato commesso da più soggetti, mancando uno specifico *pactum sceleris*¹¹⁸, dovrà addebitarsi la pena prevista dall'art. 452-*quaterdecies* c.p. e il concorso di persone, ex art. 110 c.p. Viceversa, qualora dalla condotta perpetrata emerga che il traffico di rifiuti si pone quale reato fine dell'associazione, anche mafiosa, si applicheranno gli articoli 416 o 416-*bis* e l'art. 452-*quaterdecies* c.p., avvinti dalla continuazione di cui all'art. 81, co. 2, c.p.

Il bisogno di discernere l'associazione e l'organizzazione è avvalorato dall'inserimento dell'art. 452-*octies* c.p., ove è inclusa una circostanza aggravante casomai l'associazione per delinquere, di cui al 416 c.p., sia diretta, in via esclusiva o concorrente, al fine di commettere taluno dei delitti previsti dal Titolo VI-*bis* c.p.¹¹⁹.

Da qui, possono individuarsi tre criteri distintivi tra i due delitti in oggetto. Il primo attiene alla diversa forma organizzativa: la prima si compone di persone, l'altra di mezzi; la seconda ha riguardo alla diversa modalità di partecipazione: la prima è atipica; l'altra è identificabile nel concorso di persone (110 c.p.); l'ultima, invece, si incentra sulla dimensione dell'elemento subiettivo¹²⁰, ossia sul differente atteggiarsi del dolo specifico: il primo implica l'esistenza di un programma criminoso per indeterminati delitti; l'altro si incentra su di una condotta abusiva diretta alla produzione di profitto e lucro. Questa ipotesi circostanziata è nota anche

117 Cass. pen., Sez. III, 7 settembre 2021, n. 33089.

118 Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 2022, n. 19655.

119 G. AMARELLI, Sub art. 452-*octies*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (dir. da) *Codice penale commentato*, III, Milano, 2021, pp. 46 ss.

120 G. MONFERINI, *Il dolo nei reati di criminalità organizzata ambientale. La coscienza dell'illiceità del programma associativo e la coscienza dell'abusività nell'attività organizzata per il traffico di rifiuti: gli obblighi non scritti dell'atto autorizzativo e l'ignoranza inescusabile*, in Riv. trim. dir. pen. amb., 2, 2023, pp. 81 ss.



come aggravante eco-mafiosa a effetto speciale, persegue la finalità di punire, con maggior rigore, i delitti ambientali commessi da gruppi organizzati e associazioni eco-mafiose, onde recidere detto fenomeno.

A tal proposito, risulta un'ulteriore discrasia del sistema che collide con la coerenza logica, che avrebbe voluto l'inserimento diretto nel corpo degli articoli 416 e 416-*bis* c.p. di questa circostanza aggravante, anziché la formazione di una nuova norma nel Titolo VI-*bis* del Codice, motivo per cui non si comprende la *ratio* di detta collocazione, ancorché queste rilevano come circostanze aggravanti dei delitti associativi e non di quei delitti contro l'ambiente¹²¹. Oltre a ciò, vi sono altre criticità di coordinamento tra il secondo comma dell'art. 452-*ocites* e il 416-*bis* c.p., dato che risulterebbe una duplicazione sanzionatoria dovuta dall'identità fattuale della metodologia mafiosa. In questa prospettiva, l'associazione mafiosa che realizza il delitto di traffico illecito di rifiuti sarebbe assoggettata ad un duplice incremento di pena, in forza di quanto previsto dall'art. 416-*bis* e per quanto espressamente disposto dall'art. 452-*ocites*, co 2., c.p.¹²² Si potrebbe quindi sostenere l'illegittimità costituzionale di quanto sopra evidenziato per contrasto con l'art. 3 Cost., per quanto attiene ai principi di ragionevolezza e uguaglianza del sistema sanzionatorio. Si tratterebbe di un'inopportuna disparità di trattamento configurabile per il medesimo sodalizio criminale casomai ponesse ulteriori e diversi reati-fine che, nonostante siano connotati da un più alto disvalore penale, verrebbero assoggettati ad una sanzione più mite rispetto a quanto disposto per il traffico illecito di rifiuti. Onde evitare simili condizioni e prevenire fattivamente possibili sindacati di legittimità costituzionale, occorrerebbe interrogarsi sul se possa ritenersi giustificata e razionale una previsione normativa di maggior rigore per il solo fatto associativo, nel caso in cui sia diretto alla realizzazione di reati edittalmente "inferiori" e meno gravi, ma, ad ogni modo, portatori di una impattante diffusività lesiva.

Si può conclusivamente ritenere che il delitto di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p. può reputarsi quale fattispecie "ibrida", nella misura in cui richiama l'elemento organizzativo, ma non è strutturato come tradizionale delitto associativo. Viene concepito quale reato comune, ma presenta aspetti tipici dei reati propri, potendo essere commesso solo da chi organizza continuativamente persone e mezzi in modo adeguato a gestire abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti. Si annovera tra i reati contro l'ambiente, pur caratterizzandosi dal dolo dell'ingiusto profitto, parametro caratterizzante i delitti contro il patrimonio.

SEZIONE III

¹²¹ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., pp. 276 ss.

¹²² G. MONFERINI, *I reati associativi finalizzati alla commissione di delitti ambientali e le aggravanti applicabili all'associazione*, in *Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2020, 4, pp. 42 ss.



LE CONFISCHE AMBIENTALI

1. Gli strumenti ablatori nella disciplina penale dell'ambiente. Le confische ambientali.

Il sistema delle confische trova spazio applicativo anche nel contesto ambientale, sebbene questi istituti presentano connaturate problematiche attuative dovute ai propri lineamenti poliedrici e alle diverse funzionalità da queste ricoperte, se in ottica preventiva, se in funzione punitiva, a finalità sanzionatorie, anche ripristinatorie e riparatorie, all'occorrenza assegnate¹²³.

La multifattorialità delle confische si propone anche nella disciplina ambientale a seguito della relazione che si instaura tra la confisca di cui all'art. 452-*undecies* c.p. e la misura ablatoria dell'art. 452-*quaterdecies*, co. 5, c.p., offrendo finalità e funzioni differenti. In aggiunta a ciò, preme raffrontare anche la confisca di cui all'art. 260, ult. co., T.U.A., attuata per l'attività di gestione di rifiuti non autorizzata (art. 256 T.U.A.) e quella stabilita dall'art. 452-*undecies*, ult. co., c.p.¹²⁴

Il percorso d'indagine deve focalizzarsi sulle ragioni e sui criteri applicativi delle confische in esame e alle motivazioni del disconoscimento della causa di esclusione della confiscabilità, *ex* art. 452-*undecies* c.p., al delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, manifestando una disparità di trattamento configurabile tra l'illecito associativo aggravato (art. 452-*octies* c.p.) qualora sia diretto al traffico illecito di rifiuti e quanto stabilito dall'art. 452-*quaterdecies* c.p., escluso dalla norma in parola, ancorché commesso in un contesto diverso dalla delinquenza associativa.

L'art. 452-*undecies* c.p. è norma a carattere generale rispetto alle altre confische ambientali, dispone l'ablazione delle cose che costituiscono il profitto e/o il prodotto dei delitti commessi (artt. 452-*bis*, 452-*quater*, 452-*sexies*, 452-*septies*, 452-*octies*, nel caso di condanna o patteggiamento (art. 444, co. 1, c.p.p.). Trattasi, invero, di un elenco circoscritto e tassativo di eco-delitti presupposto che non può esser oggetto di alcuna interpretazione analogica, per cui si correrebbe il rischio di attuare un'analogia in *malam parte*, essendo espressione di una specifica scelta criminale diretta a limitare l'uso delle confische a quei fatti che apportano un maggior disvalore penale¹²⁵.

La legittimità della confisca è circoscritta alla relazione di asservimento sussistente tra una cosa e il fatto di reato, ossia in un rapporto di funzionalità tra l'illecito e il bene sottoposto a

123 E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivi-applicativi*, Torino, 2012, pp.10 ss.

124 M. SCILLITANI, *La confisca: profili storici, sostanziali e processuali in materia di ambiente*, in A. MANNA (a cura di) *Il nuovo diritto penale ambientale*, Molfetta, 2016, pp. 134 ss.

125 M. PIERDONATI, *I modelli di ablazione patrimoniale nel nuovo diritto penale*, in L. CORNACCHIA, N. PISANI (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna, 2018, pp.327 ss.



confisca. Per questi motivi, il reperimento pubblico del bene è delimitato dalla necessaria appartenenza di quest'ultimo al colpevole, al punto che l'effetto ablatorio non intercetta quei beni che appartengono ad estranei al reato, seppur abbiano operato in buona fede. Il pretesto della confisca in disamina s'impenna su di una funzione preventiva, ovvero sull'allontanamento del bene utile per la commissione di prossimi reati, privando l'autore dei profitti illeciti: questa modalità di confisca può collocarsi tra le misure di sicurezza patrimoniali.

In merito a ciò, l'intendimento legislativo della confisca ambientale consente l'ablazione dei beni che formano il prodotto e il profitto del reato¹²⁶, a cui sono inclusi quelle *res* che son risultate "strumentali" per la commissione del fatto illecito¹²⁷.

Ai sensi dell'art. 452-*octies*, co. 2, c.p., qualora non sia possibile effettuare la confisca diretta, il giudice penale dispone - in via sussidiaria - il sequestro dei beni aventi il valore equivalente nei confronti del condannato che ne abbia la disponibilità: diretta, indiretta o per interposta persona. Questa precipua tipologia di confisca (indiretta o di valore) non tiene in considerazione né il nesso di pertinenza tra autore del reato e bene, né la pericolosità stessa della cosa confiscata. La misura in oggetto non coinvolge i beni che rappresentano il prodotto, il profitto o lo strumento del reato, ma si rivolge a quelle diverse *res* che sono nella disponibilità del reo per un valore equivalente ai primi.

In questa prospettiva, la confisca per equivalente detiene una connotazione puramente afflittiva, giacché la misura andrebbe ad incidere su beni di provenienza lecita, pur presenti nel patrimonio individuale del reo, totalmente scissi dall'attività criminosa precedentemente compiuta¹²⁸.

126 Sul concetto giuridico di "profitto" come previsto dalla norma, la giurisprudenza ha delimitato il suo campo semantico ed operativo. Cass. pen., Sez. III, 6 febbraio 2024, n. 11617. *"La nozione di profitto del reato di cui all'art. 452-quaterdecies non può essere ridotto al solo "utile netto", dovendosi invece ritenere in conformità con la natura "riequilibratrice" di tale confisca (ed a differenza di quella dello "strumento del reato"), come riferita a tutto ciò che consegue in via immediata e diretta al reato, senza considerare gli eventuali costi sostenuti, la cui detrazione sottrarrebbe il colpevole al rischio economico del reato."*

127 Circa la dimensione semantica di prodotto e profitto del reato, sono stati delineati i loro profili distintivi. Per prodotto si intende ogni bene che abbia origine o sia derivato dal reato. Il profitto indica il vantaggio, anche non economico, maturato direttamente o indirettamente dalla realizzazione dell'illecito. Nella dottrina, cfr. C.E. PALIERO-F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, pp. 246 ss.; V. MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 3-4, pp. 58 ss.

Orbene, nella concezione giuridica di profitto devono includersi anche i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successiva di proventi diretti. Così, i proventi comprendono qualsiasi bene, trasformato o convertito, completamente o parzialmente, in altro bene, ovvero confuso con beni acquisiti legalmente, fino al valore stimato dai proventi confusi. A tal proposito, cfr. A. GALANTI, *I delitti contro l'ambiente. Analisi normativa e prassi giurisprudenziali*, Pisa, 2021, pp. 415 ss.

128 M. PIERDONATI, *La confisca nel sistema dei delitti contro l'ambiente*, Milano, 2020, pp. 163 ss.

Accertata la natura sanzionatoria di detta confisca, a questa si attribuisce una funzione ripristinatoria dello *status quo ante* l'illecito, ovvero della situazione economica antecedente al reato, comportando, *ex adverso*, un sacrificio patrimoniale di pari valore rispetto all'illecito vantaggio ottenuto dal fatto criminoso consumato¹²⁹. I lineamenti punitivi e le finalità ripristinatorie contraddistinguono e specificano la natura e l'indole della misura ablatoria in esame quale pena in senso sostanziale, anziché come misura di sicurezza patrimoniale¹³⁰, così come avviene, al contrario, per la diretta che ottempera a finalismi preventivi¹³¹. Il finalismo ripristinatorio non costituisce contrassegno univoco e caratterizzante la confisca per equivalente, atteso che detta funzione concorre anche nella confisca diretta. Da qui, emergono le inveterate perplessità sugli strumenti ablatori, specie per i connotati di versatilità funzionale e le diversità contenutistiche delle confische, ragion per cui non si può attribuire, a priori, una determinata natura giuridica rinviando esclusivamente alla funzione che la misura della confisca persegue, poiché non deve considerarsi la finalità prefissata in astratto, ma quella eseguita in concreto, cui rileva le modalità di applicazione, i destinatari, l'oggetto e il contesto temporale e spaziale d'applicazione¹³².

Quanto alla confisca indiretta, di cui al co. 2, art. 452-*undecies* c.p., il campo di attuazione della stessa è ristretto ai casi di "*condanna per uno dei delitti previsti dal presente titolo*", vale a dire il Titolo VI-*bis* c.p., e non anche per le ipotesi in cui ricorre il patteggiamento (444 ss. c.p.p.). Questa affermazione ha scaturito dubbi interpretativi, tanto da incentivare un'applicazione generalizzata e, dunque, estesa anche a quei reati non annoverati nel primo comma della norma in esame. Valorizzando invero l'intendimento legislativo e le funzionalità dell'istituto in parola, appare opportuno considerare che il mancato coordinamento tra i due commi sia stato determinato da una maldestra procedura di legiferazione e formulazione normativa che ne fa affiorare i suoi limiti; pertanto, è necessaria un'interpretazione costituzionalmente orientata, nonché logica dei due commi in commento, ovvero sia conforme al principio di legalità in senso stretto, alla proporzionalità, alla sussidiarietà, alla ragionevolezza e previsione, evitando così conflittualità costituzionali.

129 In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617; Cass. pen., Sez. II, 27 novembre 2019, n. 8538.

130 È stato osservato come la confisca di valore possa annoverarsi tra le misure di sicurezza patrimoniali, a prescindere dall'effetto punitivo o preventivo della stessa, per cui attribuire a detta misura la funzione di pena, seppur questo istituto sostituisce, per equivalente, una misura di sicurezza, costituisce una "manipolazione concettuale: pensata a fin di bene, rispondente all'esigenza di trovare una ragione spendibile per escludere l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente". Con questi termini, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX, Torino, 2021, 468.

131 D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 10° ed., Torino, 2023, passim

132 E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, op. cit., pp. 20 ss.

2. Il disconoscimento della causa di esclusione della confiscabilità e la destinazione dei beni sottoposti a confisca.

L'assegnazione dei beni detratti all'autore di un illecito ambientale designa una delle peculiarità proprie della confisca di cui all'art. 452-*undecies* c.p., infatti, come disposto dal comma 3, questi beni e i *"loro eventuali proventi sono messi nella disponibilità della pubblica amministrazione e vincolati all'uso per la bonifica dei luoghi"*. La scelta di destinare i beni e i loro proventi sottoposti a confisca sembra suggerita dall'esigenza di elidere quel pregiudizio costituito dalla condotta illecita dell'autore predisponendo, in questi termini, un complessivo risanamento dell'ambiente contaminato, giovandosi degli stessi beni e proventi che ne sono derivati dall'illecito compiuto¹³³.

La misura così concepita manifesta ulteriormente la propria finalità e peculiarità ripristinatoria. Questo tratto distintivo consente di diversificare la confisca di cui all'art. 452-*undecies* c.p. da quella contemplata dall'art. 452-*quaterdecies*, co. 5, c.p., avente funzione punitivo-afflittiva. In breve, il vincolo di destinazione dei beni si ripercuote sulla definizione della natura giuridica della confisca congiuntamente alla prerogativa ripristinatoria. Ed è proprio in seno alla previsione ripristinatoria che si intersecano quei profili di criticità applicativa afferenti alla causa di non confiscabilità, disciplinata dall'art. 452-*undecies*, co. 4, c.p., trovando attuazione laddove *"l'imputato abbia effettivamente provveduto alla messa in sicurezza e, ove necessario, alle attività di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi"*. Si tratta, senza dubbio, di un peculiare regime premiale che, per le sue modalità esecutive, rassomiglia ad una causa di non punibilità correlata all'irrogazione di una pena accessoria. Onde identificare l'effettiva portata giuridica della causa di non confiscabilità in rapporto alle condotte riparatorie, è imprescindibile concentrarsi sulla terminologia adottata dal legislatore, più di tutto sul concetto di *"messa in sicurezza"*, *"attività di bonifica"*¹³⁴ e *"ripristino dello stato dei luoghi"*. La prima locuzione sta ad indicare l'interesse alla circoscrizione della propagazione di agenti inquinanti, ponendosi a salvaguardia delle persone e dell'ambiente, implementando il sistema di sicurezza collettivo. L'attività di bonifica, *ex adverso*, è orientata all'abbattimento dei fattori e delle fonti di inquinamento. Da ultimo, il ripristino mira alla rigenerazione del territorio che ha subito un fenomeno d'inquinamento, facilitando, per

133 In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. III, 15 febbraio 2023, n. 26501. Nell'ipotesi di *"commissione del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, il legislatore, nel prevedere la doverosa confisca delle cose che servono a commettere il reato, affianca ad essa la, altrettanto doverosa, confisca di quelle che costituiscono il prodotto o il profitto del reato, coordinando le due previsioni attraverso la congiunzione "o", la quale, seppur di regola non ha funzione copulativa, ma disgiuntiva, va interpretata nel senso che siffatte confische non solo legate da un rapporto di alternatività, ma di supplementarietà"*.

134 Circa la bonifica di siti inquinati, cfr. G. DE SANTIS, *Bonifica dei siti contaminati. Profili di responsabilità penale*, in *Riv. civ e prev.*, 2009, 7-8, pp. 302 ss.

questo, un risanamento complessivo dell'area contaminata¹³⁵. L'autore dell'illecito penale non verrà attinto dalla misura ablativa patrimoniale unicamente quando farà ricorso alla messa in sicurezza, alla bonifica e al ripristino dello stato dei luoghi. Tanto ciò osservato, la principale questione da analizzare si sostanzia nell'omessa estensione applicativa della clausola di non confiscabilità nelle ipotesi prevista dall'articolo 452-*quaterdecies*, ult. co., del Codice penale, la quale non opererebbe allorché l'illecito realizzato corrisponda al traffico illecito di rifiuti, atteso che questo delitto non è incluso nel catalogo dei reati previsti dall'art. 452-*undecies* c.p.

Sulla scorta della scelta legislativa in questione, è necessario considerare quanto maturato nel contesto giurisprudenziale, pacificamente accolto¹³⁶, per cui l'estensione della clausola di non confisca andrebbe esclusa in forza delle ragioni e delle istanze punitive, nonché sanzionatorie che contraddistinguono la confisca che è disposta per le ipotesi di traffico illecito di rifiuti, visto che questa potrebbe confliggere con l'originaria funzione ripristinatoria sovente attribuita alla confisca di cui all'art. 452-*undecies* c.p. Dando atto a tale prospettiva, il riconoscimento applicativo della clausola di non confisca dipenderebbe essenzialmente dalla diversa tipologia del disvalore penale del fatto compiuto, indi la norma che intende sanzionare il traffico illecito di rifiuti deve ritenersi esente da regimi premiali, in quanto si prefigge l'obiettivo di contrastare, con particolare efficacia, un pervicace fenomeno criminale come quello rappresentato dalle eco-mafie e dalla criminalità organizzata ambientale, immeritevoli di meccanismi "di favore".

Per converso, l'art. 452-*undecies* c.p. riconosce la non confiscabilità quale misura premiare, soltanto per quei reati che risultano tassativamente previsti dalla norma, poiché estrinsecano un disvalore penale inferiore rispetto ad un illecito che risulta inserito in un contesto di criminalità organizzata o di mafia. Si prende parte, quindi, ad un precipuo procedimento di bilanciamento tra gli interessi ambientali e gli obiettivi general e special preventivi, stimati come prevalenti nella confisca di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p.; di contro, l'art. 452-*undecies* c.p. consente istanze riparatorie, essendo preminente l'obiettivo ambientale.

Le motivazioni che hanno ispirato il legislatore a escludere il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti nel parametro attuativo dell'art. 452-*undecies* c.p. è giustificato, per certi versi, dalla circostanza per cui questo delitto non necessita di successive attività di bonifica oppure del ripristino dei luoghi, come invece si verifica per quegli illeciti annoverati nel decalogo di cui al suindicato articolo.

In considerazione di quanto sovra esposto, pur superando le censure che ne discendono dalle diverse funzioni delle confische ambientali e dalla loro dicotomica natura giuridica,

¹³⁵ In generale, A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica ed il ripristino ambientale*, op. cit., 50 ss.

¹³⁶ Cass. pen., Sez. III, 5 agosto 2021, n. 30691; Cass. pen., Sez. III, 27 maggio 2020, n. 15965.

affiorano talune problematiche concernenti il contesto delinquenziale associativo, nella parte in cui l'articolo 452-*undecies* c.p. pone in richiamo - proprio nella sua sfera applicativa - l'art. 452-*octies*, vale a dire l'aggravante eco-mafiosa. Questa indicazione consentirebbe l'estensione della clausola di non confiscabilità anche ai reati-fine ambientali commessi, nella progettualità delittuosa, dall'associazione a delinquere "semplice" o mafiosa e, quindi, attratti nel perimetro dei reati catalogati nell'art. 452-*undecies* c.p.

Tale norma - riferendosi a quei delitti per i quali la circostanza aggravante opera - rinvia interamente, ma in modo generico, al Titolo VI-*bis*, non apportando alcuna delimitazione applicativa dell'aggravante in parola.

Sembrano così generarsi delle aporie di sistema, poiché la norma è indicata dall'art. 452-*undecies* c.p., ossia l'art. 452-*octies* c.p., ove si riconosce quel meccanismo premiare della non confisca, legittima, di conseguenza, l'estensione a quelle norme che sono preventivamente escluse dal novero dell'art. 452-*undecies* c.p.

Qualora il gruppo criminale realizzi un illecito traffico di rifiuti, che si rileva aggravato ai sensi dell'art. 452-*octies* c.p., potrebbe risultare beneficiario della clausola di non punibilità, non essendovi una norma che ne impedisce effettivamente l'applicazione.

Per altro verso, laddove il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti fosse commesso da un solo agente, ovvero con la cooperazione di più persone in concorso tra loro (art. 110 c.p.), ma comunque non identificabile in una compagine criminale, tale soggetto sarebbe privato del riconoscimento dell'istituto premiare di cui all'ultimo comma dell'art. 452-*undecies* c.p., sicché la misura ablativa della confisca ricadrebbe automaticamente, soprattutto sul mezzo adoperato per effettuare il trasporto illecito di rifiuti¹³⁷. In relazione a ciò, risulterebbe fuorviante e irragionevole incentrare la limitazione operativa della clausola di non punibilità sulla mera distinzione afferente alla gravità dell'offesa rispetto alle diverse modalità in cui si è svolta la condotta. Tutto ciò faciliterebbe, a nostro sommo avviso, l'emersione di un sistema sanzionatorio e, al contempo, premiale del tutto sproporzionato e irrazionale in raffronto al differente disvalore penale che si suole attribuire ad una medesima condotta illecita, sebbene venga compiuta in un contesto criminoso diverso, che prescinde, invero, dalle molteplici funzionalità assegnate alle plurime confische ambientali¹³⁸. Tanto ciò è vero se si possa presumere l'esistenza di una corrispondenza tra un maggior disvalore penale del fatto - che si concretizza nel reato ambientale consumato da un'associazione pura o di stampo mafioso - e un trattamento premiale coerente con le esigenze di giustizia riparativa e ripristinatoria; evitando che alla medesima condotta criminosa consumata dal singolo

137 Cass. pen., Sez. III, 16 gennaio 2015, n. 18515.

138 N. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *La Legislazione penale*, 7 dicembre 2020.

individuo in un contesto non identificabile in una realtà associativa – espressiva di un minor disvalore - possa dunque applicarsi una sanzione eccessivamente gravosa e, invero, smisurata.

Ad ogni modo, risulterebbe inopportuno risolvere queste vicende attraverso un generico riferimento ad un *deficit* di coordinamento normativo, affinché il divario del trattamento sanzionatorio si riverbera principalmente sulla sanzione penale, come tradizionalmente concepita - vale a dire quale concretizzazione del principio di legalità della pena – per di più sulla relazione che si instaura tra la pena stessa e il disvalore penale dell'azione criminosa, correlativamente all'applicazione e al riconoscimento dei principi di offensività¹³⁹ e di proporzionalità della pena. Sotto questo punto di vista, affiora l'irragionevolezza della mancata estensione attuativa del citato strumento premiale, previsto dall'art. 452-*quaterdecies* c.p., ulteriormente ingiustificata nell'ipotesi in cui la condotta criminosa rientri fattivamente nel campo operativo dell'articolo 452-*undecies* c.p., per il formulato rimando all'aggravante eco-mafiosa.

Da qui, la condizione di disuguaglianza, di sproporzione, altresì d'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio ivi previsto andrebbe a scalfire essenzialmente le prerogative a cui la pena convenzionalmente tende in termini di rieducazione dell'autore dell'illecito penale.

Ne discende una precipua violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, ragion per cui devono valutarsi profili di illegittimità costituzionale qualora la proporzione tra la sanzione e l'offesa difetti, posto che alla carica offensiva intrinseca nella condotta descritta dalla norma, il legislatore faccia corrispondere determinate conseguenze afflittive sproporzionate, si verificherà un oggettivo pregiudizio per il processo rieducativo del reo, *iter* in cui il colpevole si adopererà per non aderirvi, già per la singolare impressione di patire una condanna radicalmente ingiusta e inappropriata.

3. Valutazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

Siano consentite delle brevi conclusioni in merito alle illustrate questioni giuridiche e alle criticità disciplinari e processuali emerse in trattazione in merito alle differenti tipologie di confische ambientali. Si vorrebbero qui prospettare delle plausibili soluzioni alle controverse vicende evidenziate, onde porre rimedio alle conclamate aporie di sistema. Si potrebbe dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 452-*undecies*, laddove esclude l'estensione applicativa del proprio ultimo comma al reato di attività organizzata di traffico illecito di

139 Sul tema, cfr. M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. dir. pen e proc. pen.*, 2008, 4, pp. 1546 ss.; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di azione dell'illecito penale*, Milano, 1983, pp. 241 ss.; M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azioni nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, passim.

rifiuti, per contrasto con gli articoli 3, 24 e 27 della Costituzione. Sarebbe, inoltre, preferibile rettificare complessivamente la normativa in materia di confische ambientali.

È da auspicarsi il riconoscimento, in sede applicativa, dell'istituto del ravvedimento operoso, come previsto dall'art. 452-*decies* c.p., al posto dell'attuazione della clausola di non confisca per il reato di attività organizzate al traffico illecito di rifiuti (art. 452-*quaterdecies* c.p.).

La prima soluzione prospettata ha implicitamente ottenuto consensi in seno alla stessa giurisprudenza¹⁴⁰: è stata eccepita la violazione costituzionale dell'art. 452-*undecies* c.p., ove esclude l'applicazione della confisca per quell'imputato che abbia efficacemente provveduto a porre in sicurezza, a bonificare, a ripristinare lo stato dei luoghi, ai sensi dell'art. 452-*sepites* c.p., ma non anche per colui che si è reso responsabile del delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti sebbene si adoperi per il ripristino e recupero ambientale.

Ciononostante, la Cassazione¹⁴¹ ha sostenuto che la previsione della confisca obbligatoria delle cose utilizzate per commettere il reato, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 452-*quaterdecies* c.p., non risulta irragionevole, poiché, perseguendo finalità tanto sanzionatorie, quanto special-preventive, mira ad escludere quei beni adoperati per commettere il reato di attività organizzata al traffico illecito di rifiuti.

La suddetta scelta politico-criminale consistente nell'esclusione della clausola di non confiscabilità - prevista dall'art. 452-*undecies*, co. 4, c.p. - non appare né abnorme, né contrastante con il dogma dell'uguaglianza, essendo, tale categoria di confisca, a pieno appannaggio del legislatore e della sua discrezionalità, in base alle divergenze strutturali tra le fattispecie contemplate.

Orbene, le discrasie strutturali e funzionali delle confische ambientali non costituiscono una valida ragione per giustificare la mancata applicazione della clausola di esenzione da confisca all'ipotesi di traffico illecito di rifiuti, visto che non si comprende la ragione per cui un medesimo reato, ovvero il 452-*quaterdecies* c.p., se commesso da un sodalizio – in un contesto organizzativo e criminale diverso, certamente più offensivo rispetto a quello in cui si troverebbe il singolo autore – ricadrebbe nel settore operativo dell'ultimo comma dell'art. 452-*undecies* c.p.

Per porre rimedio alle congenite difficoltà che contraddistinguono la disciplina in parola, in specie per quel che riguarda la diversità di trattamento, si è prospettata l'applicazione analogica dell'art. 452-*undecies* c.p. - intesa come norma di favore - per le ipotesi di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti ove il reo abbia proceduto alla bonifica o al ripristino dello stato dei luoghi.

140 Cass. pen., Sez. III, 7 aprile 2020, n. 11581.

141 Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2019, n. 11581.

Questa soluzione rappresenterebbe un'estensione in *bonam partem* della disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 452- *undecies* c.p. che andrebbe preferita per la valorizzazione del *favor reparationis*, che distingue l'intera disciplina penale ambientale a partire dalla stessa riforma del 2015 e sarebbe resa possibile dalla formulazione dello stesso art. 452-*undecies* c.p., visto che tale norma, anche sotto il profilo squisitamente letterale, non circoscrive la previsione *de qua* alla specifica confisca qui prevista, ma rimanda più genericamente all'"istituto della confisca".

In questo senso, sebbene la giurisprudenza della Cassazione¹⁴² apra ad un'applicazione analogica, in quanto formalmente coesa con gli obiettivi normativi volti a riformare la disciplina e a promuovere e incentivare, dall'altra parte, quelle condotte di ripristino e riparazione, come stabilito dalla norma stessa, è comunque respinta, dal momento che l'assenza di una specifica previsione della non applicabilità della confisca per chi si è reso autore del delitto di traffico illecito di rifiuti che abbia proceduto alla bonifica o al ripristino dello stato dei luoghi è il prodotto di una *ratio* di politica criminale prodromica a rinviare e implementare il contrasto al crimine organizzato¹⁴³.

Da qui, non risulta plausibile neanche la soluzione per analogia che legittimerebbe l'attuazione dell'esenzione sopra indicata, giacché la clausola di non confisca viene pacificamente qualificata come causa di non punibilità in senso stretto e costituisce una norma eccezionale, per cui non è soggetta ad interpretazione analogica, neanche *in bonam partem*, come previsto nei limiti stabiliti dall'articolo 14 delle preleggi del Codice civile.

Diversamente a quanto qui rappresentato, una soluzione a questa specifica condizione potrebbe essere rappresentata dalla predisposizione di una interpretazione estensiva che, come è noto, non è vietata dall'ordinamento, ma si mostrerebbe utile e adatta ad ovviare a quelle problematiche sinora osservate, consentendo, inoltre, un'adeguata valorizzazione del principio di offensività in rapporto al minore/maggior disvalore penale.

Per poter sottrarre l'assetto legislativo in vigore dalle censure di incostituzionalità (artt. 3, 24 e 27 Cost.), specie in relazione al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, è opportuno sottolineare due aspetti dirimenti. In primo luogo, la confisca speciale di cui all'art. 452-*quaterdecies* c.p. persegue un finalismo punitivo-sanzionatorio e risulta ontologicamente differente da quella prevista dall'art. 452-*undecies* c.p. che, di contro, si ispira a funzioni ripristinatorie-risarcitorie, di tal che non si può applicare anche alla prima il

142 Cass. pen., Sez. III, 11 febbraio 2020, n. 15965.

143 C. RUGA RIVA, *Bonifica e ripristino nel diritto penale dell'ambiente. Il ruolo delle condotte riparatorie nelle dinamiche della punibilità re la natura degli obblighi ripristinatori*, in C. E. PALIERO – F. VIGANÒ – F. BASILE – G. GATTA (a cura di). *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, II, Milano, 2018, p. 719.

beneficio previsto dall'art. 452 *undecies*, comma 4, c.p.¹⁴⁴; inoltre, vi è un'evidente divergenza sull'impostazione normativa tra le differenti fattispecie contenute nell'art. 452-*undecies* c.p. e quella prevista dall'art. 452 *quaterdecies* c.p., dal momento che quest'ultima può essere integrata da condotte che non richiedono l'attività di bonifica o il ripristino dello stato dei luoghi. In ambo le circostanze, gli assunti ivi esposti sono soggetti a notevoli obiezioni, visto che anche l'ipotesi di confisca come contemplata dall'art. 452 *undecies* c.p. contiene seco taluni profili che potrebbero riferirsi ad finalismi punitivo ed afflittivi, individuabili nella natura obbligatoria della suesposta confisca e nella conseguente sottrazione, anche per equivalente, di quei beni del condannato che sono stati adoperati per commettere il fatto di reato, nonché per il relativo profitto da questi conseguito. Ulteriore profilo di criticità attiene al fatto che non è scontato che gli eco-delitti previsti nell'elenco contenuto all'art. 452 *undecies* c.p. siano tali da provocare effettivamente conseguenze tali da rendere opportuni specifici interventi postumi di messa in sicurezza, bonifica o ripristino dei luoghi. In questa prospettiva, appare più plausibile che le condotte previste dall'art. 452 *quaterdecies* c.p. richiedano ciò; pertanto, è la stessa norma incriminatrice da ultimo indicata a imporre il ripristino dello stato dell'ambiente, quale sanzione accessoria per il condannato¹⁴⁵.

In sintesi, nessuno degli argomenti qui riportati anche in sede ermeneutica di legittimità non è esente da censure. Si può conclusivamente sostenere la necessità di un intervento di riforma della disciplina in esame in termini di riconoscimento applicativo della clausola di non confiscabilità.

Eppure, il legislatore aveva provato a cogliere "il punto cruciale" della questione, ancor di più di quelle suesposte criticità correlate ai limiti normativi alla disapplicazione della confisca in commento, con la Proposta di legge n. 3176 del 23 giugno 2021, recante "*Modifiche al Codice Penale, al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e altre disposizioni sanzionatorie in materia ambientale*", incentivando un percorso di armonizzazione della complessa disciplina delle confische in materia ambientale. Volendo rapidamente analizzare la Relazione illustrativa a tale Proposta, l'art. 452 *undecies* c.p. era intesa come "disposizione di carattere generale"; pertanto diveniva suscettibile di ampia applicazione. Da qui, l'accoglimento di questo intervento normativo avrebbe certamente concretizzato quel coordinamento necessario tra gli art. 452 *quaterdecies* c.p. e l'art. 452 *undecies* c.p., risolvendo in via autonoma quei contrasti giurisprudenziali che hanno da sempre condizionato la sfera operativa di questi due istituti.

144 Cass. pen., Sez. III, 24 giugno 2021, n. 30691, sostiene che la confisca di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p. è diretta a sottrarre i beni utilizzati per commettere tale reato, onde evitarne la ripetizione, e [a] dissuadere dalla sua nuova futura commissione; dunque, la realizzazione di scopi tipicamente correlati alla funzione della sanzione penale, rimessi alla scelta del legislatore.

145 L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68, sugli "Ecodeletti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, fasc. 2, 2015, p. 369.

Nello specifico, il disegno di legge consentiva l'inserimento del reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p., nel contesto di operatività dell'art. 452 *undecies* c.p., concretizzando l'estensione applicativa dell'istituto premiale qui previsto. Ciononostante, questa Proposta di legge non ha avuto seguito e la disciplina normativa qui in disamina rimane ancora nel "limbo" giurisprudenziale.

Si ribadisce ancora e sempre in questa sede che la soluzione potrebbe individuarsi nell'aggiunta - all'interno del novero dei reati contemplati nell'art. 452-*undecies* c.p. - del delitto di attività organizzata di traffico illecito di rifiuti, predisponendo, inoltre, la contemporanea abrogazione del comma 5 dell'art. 452-*quaterdecies* c.p., preservando però l'ambito di operatività del ripristino dei luoghi e la successiva concessione della sospensione condizionale della pena vincolata all'eliminazione del danno o del pericolo arrecato all'ambiente. Nell'ipotesi in cui l'autore del reato abbia provveduto a porre in sicurezza la zona su cui è ricaduta l'azione criminosa, qualora disponga e attui la bonifica e, se possibile, il ripristino dell'antecedente stato dei luoghi - prima che sia intervenuta la dichiarazione mediante cui si apre la fase del dibattimento di prime cure - questi potrà vedersi riconosciuta una sensibile riduzione della pena, *ex art.* 452-*decies* c.p., quanto l'attuazione della clausola di non confisca prevista dall'art. 452-*undecies*, all'ultimo comma del Codice penale.

FOCUS

LA DIFFAMAZIONE TRAMITE SOCIAL: ULTIME DALLA CASSAZIONE

Nota a sentenza Cass. Pen., Sez. V, 08 aprile 2024 (data ud. 16 novembre 2023), n. 14345.

Moriconi

Abstract [It]: la nota dà conto degli ultimi orientamenti della Cassazione in materia di diffamazione mediante social. In particolare, secondo la sentenza in commento, è possibile configurare il reato in oggetto anche nell'ipotesi in cui la condotta diffamatoria sia stata attuata mediante frasi e/o espressioni offensive pubblicate in assenza dell'indicazione esplicita del nome del soggetto destinatario delle offese.

Abstract [En]: the note gives an account of the latest guidelines of the Court of Cassation on defamation through social media. In particular, according to the judgment under comment, it is possible to configure the crime in question even in the event that the defamatory conduct has been implemented through offensive phrases and/or expressions published in the absence of the explicit indication of the name of the subject to whom the offenses were directed.

Parole chiave: Diritto penale – diffamazione a mezzo social – soggetto passivo.
Key words: Criminal law – defamation via social media – passive subject

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il caso di specie; 3. La fattispecie astratta e l'ipotesi aggravata di cui all'art. 595 co. 3 del codice penale; 4. La sentenza della Corte di Cassazione; 5. Considerazioni conclusive; 5.A. Il concetto di "mezzo di pubblicità" nel contesto dei *social network*; 5.B. La questione dell'individuabilità del soggetto passivo; 5.C. Le criticità.

1. Introduzione

Con la decisione qui in esame, la Suprema Corte di Cassazione torna ad occuparsi del complesso, ma attuale tema della diffamazione realizzata attraverso l'uso dei *social network*. È ormai pacifico in giurisprudenza il fatto che l'offesa mossa ad una o più persone tramite post pubblicati su tali canali sia da ricondurre all'ipotesi di diffamazione aggravata con "altro mezzo di pubblicità". Nella sentenza la Sezione Penale V della Suprema Corte si esprime



positivamente riguardo la possibilità di configurare il reato in oggetto anche nell'ipotesi in cui la condotta diffamatoria sia stata attuata mediante frasi e/o espressioni offensive pubblicate in assenza dell'indicazione esplicita del nome del soggetto destinatario delle offese.

2. Il caso di specie

Il caso di specie prende avvio da una complessa ed intricata vicenda di “diffamazione online”, all’esito della quale, la sentenza in esame è intervenuta.

Il fatto incriminato riguardava alcuni post pubblicati su *Facebook*¹, uno dei *social network* più diffusi, nel quale la costituitasi parte civile era qualificata, senza tuttavia essere nominata, come inquilino moroso, disonesto, ex spacciatore di cocaina e autore di minacce di morte nei confronti dell'imputata stessa. Espressioni sulla cui natura diffamatoria non possono esservi dubbi, essendo esse potenzialmente in grado di ledere la positiva reputazione e l'onorabilità di cui un individuo ha diritto a godere, in seno alla società e dunque di ripercuotersi proprio sul bene giuridico protetto dalla fattispecie stessa.

Il Tribunale di Caltanissetta² aveva condannato l'autrice del post, per il reato di diffamazione aggravata ex art. 595, co. 3, c.p. La Corte di Appello di Caltanissetta³, in sede di riesame, aveva parzialmente riformato la sentenza emessa dal giudice di primo grado, limitatamente alla parte sanzionatoria, confermando tuttavia la condanna per il reato di diffamazione aggravata.

Avverso tale pronuncia, l'imputata, per mezzo del suo legale, ricorreva in Cassazione, lamentando, tra l'altro:

1) violazione di legge e vizio di motivazione, relativamente alla presunzione di paternità dei post dal contenuto offensivo in capo ad essa e sulla mancanza di prova sulla diffusività della notizia a mezzo *Facebook*;

2) violazione di legge, riguardo al mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, con giudizio di prevalenza, anziché, come avvenuto, di equivalenza rispetto alla contestata circostanza aggravante ex art. 595, co. 3, c.p.

Relativamente al punto 1) il ricorso è stato dichiarato inammissibile in quanto:

a) la questione è estranea al giudizio di legittimità (valutazione di elementi di prova esaminati dal giudice di merito⁴) e quindi, al di fuori della competenza della Suprema Corte. E comunque, al di là di tale considerazione procedurale, *in facto*, sul profilo *Facebook* dell'imputata erano oggettivamente state pubblicate (come constatato sia da parte civile che dai testi auditi) tre foto del soggetto leso, corredate da frasi diffamatorie;

1 Cfr., *ex pluris*, Cass. pen., Sez V, Sent. 14 aprile 2021, n. 13979; Cass. pen., Sez. I, Sent. 8 giugno 2015, n.24431.

2 Trib. Caltanissetta, sent. 26 aprile 2002.

3 App. Caltanissetta, sent. 21 febbraio 2023.

4 Cfr. *ex pluris*, Cass., sez. VI, 22 gennaio 2014, n. 10289; Cass., Sez. III, n. 18521 del 11/01/2018, Rv. 273217; Cass., Sez. VI, 14 febbraio 2012, n.25255, Rv. 253099; Cass., Sez. V, 02 luglio 2019, n. 48050, Rv. 277758

b) la Suprema Corte ribadisce, poi un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la diffusione di un messaggio diffamatorio tramite una bacheca "Facebook" configura un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, co. 3, c.p., sotto il profilo dell'offesa recata "con qualsiasi altro mezzo di pubblicità" diverso dalla stampa. È infatti innegabile che la condotta in questione abbia la potenzialità di raggiungere un numero indeterminato o, comunque, significativo di persone.⁵

La decisione dei giudici di merito appare del tutto coerente con questi principi, poiché, come già detto, a causa del contenuto dei "post" pubblicati sul profilo "Facebook" dell'imputata, corredati da fotografie raffiguranti la parte civile, quest'ultimo risultava facilmente individuabile. Tale circostanza è stata oggettivamente confermata dal fatto che i testi ascoltati, dopo aver consultato la pagina "Facebook", facilmente accessibile a terzi, lo avevano immediatamente riconosciuto.

Per ciò che concerne il punto 2) esso è da ritenersi manifestamente infondato e tale da sollecitare una rivalutazione sul merito del trattamento sanzionatorio, non consentita in sede di legittimità.⁶

È acclarato, infatti, che le questioni relative al giudizio di comparazione tra circostanze aggravanti ed attenuanti, in riferimento ai criteri di cui all'art. 133 c.p., sono sollevabili in Cassazione solo quando si ipotizzi siano frutto di mero arbitrio o ragionamento illogico, avendo la corte territoriale deciso sulla questione secondo criteri consolidati in giurisprudenza, non poteva certamente essere tacciata né di arbitrarietà né di manifesta illogicità.

Per tali ragioni, il ricorso per Cassazione è stato dichiarato inammissibile, con conseguente conferma della condanna, al pagamento delle spese processuali e della somma di euro 3000 alla cassa delle ammende, in capo alla ricorrente.

3. La fattispecie astratta e l'ipotesi aggravata di cui all'art. 595 co. 3 del codice penale

Per meglio comprendere la pronuncia in esame è opportuno analizzare brevemente l'art. 595 c.p. È fondamentale comprendere che la norma mira a tutelare l'onore e la dignità personale, la reputazione del singolo individuo, preservando la sua considerazione nella società in cui vive. Il bene giuridico protetto, pertanto, riguarda la tutela dell'immagine e della stima che ogni persona è legittimata ad aspettarsi all'interno del contesto sociale, in conformità con i valori condivisi dalla collettività in un determinato periodo storico⁷.

5 Cfr., ex pluris, Cass. Sez. V, 25 gennaio 2021, n.13979, Rv. 281023.

6 Cfr. Cass. pen. Sez. IV, 06 maggio 2014, n. 29951; Cass. Pen. Sez. I, 18 dicembre 2019, n. 17494, Rv. 279181.

7 Cass. pen., Sez. V, Sent. 24 marzo 1995, n. 3247: «*Oggetto della tutela penale del delitto di diffamazione (come in quello dell'ingiuria) è l'interesse dello Stato all'integrità morale della persona: il bene giuridico specifico è dato dalla reputazione dell'uomo, dalla stima diffusa nell'ambiente sociale, dall'opinione che altri hanno del suo onore e decoro. Ne consegue che la "reputazione" è il senso della dignità personale nell'opinione degli altri, un*

In tal senso, è ormai consolidata in dottrina e giurisprudenza la posizione secondo cui i soggetti passivi del reato di diffamazione possono essere anche i minori, gli incapaci di intendere e di volere⁸, nonché le persone giuridiche^{9 10}. La ragione di tale estensione risiede nel fatto che l'incapacità fisica o psichica di ricevere e comprendere l'offerta non inficia la necessità di proteggere l'interesse giuridico alla tutela della reputazione. In altre parole, la tutela della reputazione non si limita alla sola capacità di percezione dell'offerta, ma riflette un interesse pubblico più ampio volto alla salvaguardia dell'integrità morale dei singoli all'interno della collettività di riferimento. Il bene giuridico tutelato dalla norma sarebbe individuabile anche in un sovraordinato interesse di natura pubblica, ovvero quello dello Stato all'integrità morale della persona.¹¹

Al comma 1, si stabilisce che chiunque offenda la reputazione di un'altra persona, comunicando con più individui¹², è punito con la reclusione fino a un anno o con una multa che può arrivare a 1.032 euro. Il terzo comma della stessa norma prevede una sanzione più severa nel caso in cui l'offesa venga commessa tramite la stampa, qualsiasi altro mezzo di pubblicità¹³ o in atto pubblico, elevandone la pena detentiva da sei mesi a tre anni.¹⁴

sentimento limitato dall'idea di ciò che, per la comune opinione, è socialmente esigibile da tutti in un dato momento storico». In dottrina c'è chi parla di «valutazione sociale “media” dell'onore» (A. VISCONTI, *Onore, reputazione e diritto penale*, EDUCatt - Ente per il diritto allo studio universitario dell'Università Cattolica, Milano, 2011, p. 321).

8 In dottrina, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: parte speciale*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, p.165. In giurisprudenza, relativamente al reato di ingiuria, Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 2486 del 25 febbraio 1999.

9 Pur se la dottrina più risalente negasse tale possibilità, ritenendo che le persone giuridiche non potessero avere una reputazione propria, autonoma, che prescindesse dalle persone fisiche che la rappresentavano, l'orientamento prevalente dei nostri giorni reputa che anche le entità giuridiche possano assumere la qualifica di soggetti passivi del reato in questione, sull'assunto – osserva attenta dottrina – che «anche con riferimento alle persone giuridiche si può parlare di diritto all'onore, da intendersi come buon nome e considerazione da parte dei terzi» (G. CASSANO – M. SGROI, *La diffamazione civile e penale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 41).

10 Cfr. Cass. pen., Sez. V, Sent. 14 gennaio 2002, n. 1188 in cui la Corte ha riconosciuto la qualità di soggetto passivo del reato di diffamazione a mezzo stampa ad un Consiglio dell'Ordine degli Avvocati; Cass. civ., Sez. III, Sent. 09 maggio 2011, n. 10125, in cui il Consiglio Nazionale dei Geometri è stato ammesso ad agire in richiesta del risarcimento del danno non patrimoniale patito a seguito della pubblicazione di frasi ritenute diffamatorie indistintamente rivolte a tutti gli appartenenti all'ordine professionale stesso; Cass. pen., Sez. V, Sent. 27 settembre 2018, n. 42587.

11 Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 3247 del 24 marzo 1995.

12 Il requisito della comunicazione a più individui è considerato integrato anche qualora questa avvenga in tempi diversi.

13 La nozione di “stampa” ex art. 1, l. 8 febbraio 1948, n. 47 è identificata in tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione, cui deve aggiungersi qualsiasi altro mezzo di pubblicità realizzata utilizzando un qualunque strumento destinato ad un numero indeterminato di persone (es. discorsi in luogo pubblico).

14 Per completezza espositiva, e seppure a mero titolo esemplificativo, qui giova ricordare che ulteriori condizioni necessarie (cumulativamente) sotto il profilo dell'elemento oggettivo perché si possa configurare il reato di diffamazione sono, da un lato, l'assenza dell'offeso - sotto tale aspetto, è necessario specificare che attenta dottrina osserva che il requisito in parola non rimanda unicamente a situazione di lontananza fisica del soggetto passivo del reato, ma comprende pure il trovarsi di esso in condizione di materiale impossibilità di percepire direttamente

Da tale disposizione emerge chiaramente che, rispetto alla diffamazione semplice di cui al primo comma, l'offesa alla reputazione mediante l'uso della stampa o di altri mezzi di diffusione pubblica comporta un trattamento sanzionatorio più grave a causa dell'evidente maggior diffusione dell'offesa stessa, configurandosi così come un'ipotesi di diffamazione aggravata.

Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso della bacheca "Facebook", o altro *social network*, integra l'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595 co.3 c.p., sotto il profilo dell'offesa arrecata "con qualsiasi altro mezzo di pubblicità", diverso dalla stampa, poiché la condotta in tal modo realizzata è potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato, o comunque quantitativamente apprezzabile di persone¹⁵. Ciò in virtù del fatto che la particolare diffusività del mezzo usato per propagare il messaggio denigratorio rende l'agente meritevole di un più severo trattamento penale¹⁶. Anche recente giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come la diffamazione commessa nel mondo virtuale debba essere considerata gravemente pregiudizievole per il bene giuridico della reputazione, al pari di quella aggravata perché commessa a mezzo stampa. Tale principio deve essere, ovviamente, coordinato con l'ulteriore considerazione che il reato di diffamazione si configura allorché si verifichi un'offesa alla reputazione di una persona determinata, configurandosi come reato quando le espressioni offensive siano riferite a soggetti individuati o individuabili¹⁷.

Pertanto, qualora l'espressione offensiva, pur senza riferimenti nominativi, sia riconducibile a un gruppo di persone, individuate o individuabili sulla base di elementi rivelatori¹⁸, ciascun membro di tale gruppo può legittimamente considerarsi destinatario dell'offesa¹⁹, con conseguente configurabilità del reato.

La previsione di sanzioni più severe per la diffamazione commessa tramite mezzi di pubblicità come la stampa o *internet* trova, come accennato, giustificazione nel fatto che questi mezzi amplificano considerevolmente la portata dell'offesa. Infatti, mentre la diffamazione semplice raggiunge un numero limitato di persone, la diffamazione realizzata tramite stampa,

le espressioni offensive a lui indirizzate, potendo, queste, essergli state pronunciate in presenza e malgrado ciò non percepite, non essendo, egli, nella condizione o in grado di recepirle (M. SPASARI, Diffamazione e ingiuria, in Enc. Dir., XII, Milano, 1964, p. 484) - e, d'altro lato, che le parole e/o espressioni diffamatorie siano state pronunciate in presenza di due o più persone. Tali elementi consentono, peraltro, di distinguere il reato di diffamazione da quello di "ingiuria", di cui all'articolo 594 del Codice penale, che, diversamente, si configura qualora le offese siano rivolte direttamente al soggetto, a sua volta nella condizione o in grado di ascoltare e recepire di persona le affermazioni lesive del suo onore, trovandosi egli in presenza fisica, o anche collegato da remoto (si pensi alle esternazioni lesive dell'onore provenienti dall'interlocutore, ad esempio, nel contesto di un collegamento online o telefonico).

¹⁵ Cass. pen. sez. V, 25 gennaio 2021, n. 13979.

¹⁶ Sent. G.i.p. Livorno, 31 dicembre 2012, n. 38912.

¹⁷ Cfr. Cass. Pen. Sez. V, 28 novembre 2017, n. 3809, Rv. 272320.

¹⁸ I giudici di legittimità, più che affermare, in realtà ribadiscono un principio già espresso: a tal proposito, cfr., ex pluris, Cass. pen., Sez. VI, Sent. 24 gennaio 2022, n.2598; Cass. Pen. Sez. V, 28 novembre 2017, n. 3809; Cass. pen., Sez. V., Sent. 25 febbraio 2011, n. 7410.

¹⁹ Cfr. Sez. V, 28 marzo 2008, n. 18249, Rv. 239831.



web o altri canali di comunicazione di massa può facilmente raggiungere un pubblico vasto e indeterminato²⁰, aumentando esponenzialmente l'entità del danno alla reputazione del soggetto offeso.

Pertanto, la maggiore diffusione del messaggio diffamatorio, che si ha tramite stampa o internet, è la causa principale dell'aggravamento del reato e della pena conseguente: in entrambe le ipotesi, il mezzo utilizzato consente di raggiungere una platea ampiamente estesa di destinatari, moltiplicando l'impatto dell'offerta e aumentando la lesione alla reputazione della persona offesa²¹.

4. La sentenza della Corte di Cassazione

Il principio di diritto che ne deriva, come affermato dai Giudici della Corte di Cassazione, è che la reputazione della persona è meritevole di tutela in ogni caso in cui essa venga offesa, anche in assenza di dati anagrafici espliciti, qualora il contenuto del messaggio diffamatorio contenga indicazioni sufficienti a determinarne l'identità.

La giurisprudenza della Corte, pertanto, non si limita a tutelare la reputazione quando il nome e cognome della persona offesa sono esplicitamente menzionati, ma estende tale tutela a tutte le situazioni in cui la persona lesa possa essere identificata attraverso altri indizi, come la natura e la portata dell'offesa stessa, i riferimenti soggettivi e oggettivi e la circostanza in cui il fatto si è verificato.²²

Particolarmente rilevante è il passaggio in cui la Corte afferma che non è essenziale che il destinatario delle espressioni diffamatorie sia identificabile da chiunque abbia accesso al post su una piattaforma come *Facebook*, o da chiunque possa vedere la bacheca dove il *post* è stato pubblicato.

Non è dunque necessario che la persona offesa possa essere individuata da qualsiasi utente della rete, basta che essa possa essere identificata da una cerchia limitata di persone che conoscono il contesto e la situazione, come ad esempio i colleghi di lavoro o il gruppo di amici, sulla base delle informazioni contenute nel post, della sua natura e delle circostanze.

20 Cass. pen., Sez. V., Sent. 6 settembre 2018, n. 40083; Cass. pen., Sez. V, Sent. 1° febbraio 2017, n. 4873; Cass. pen., Sez. V, Sent. 16 febbraio 2015, n. 6785 («la diffamazione tramite internet costituisce un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595 c.p. comma terzo, in quanto commessa con altro [...] mezzo di pubblicità idoneo a determinare quella maggior diffusività dell'offesa che giustifica un più severo trattamento sanzionatorio»); Cass. pen., Sez. I, Sent. 16 aprile 2014, n. 16712; Cass. pen., Sez. V, Sent. 27 dicembre 2000, n. 4741.

21 Sul punto, e quanto alla giurisprudenza di merito, è da segnalare Trib. Milano, Sez. VIII, 16 novembre 2005 («la pubblicazione su un sito internet di una notizia diffamatoria [...] integra il reato di diffamazione aggravata ex art. 595, commi 2 e 3, c.p., in quanto commessa avvalendosi di un mezzo di pubblicità quale deve essere considerato internet, essendo lo stesso accessibile a chiunque»).

22 Cass. pen. sez. V, 25 marzo 2022, n. 10762; Cass. Pen. Sez. V, 14 agosto 2008, n. 33442; Cass. Pen. Sez. V, 6 maggio 2008, n. 18238.

5. Alcune considerazioni conclusive

Nel tentativo di trarre alcune conclusioni in merito ai principi di diritto ribaditi dagli Ermellini nella sentenza in esame, che si basa su un indirizzo giuridico ormai consolidato nella sua giurisprudenza, non si può fare a meno di sollevare alcune riflessioni critiche che meritano attenzione. Tali considerazioni si fondano su almeno due ordini di ragioni:

A. Il concetto di "mezzo di pubblicità" nel contesto dei *social network*

Il primo quesito riguarda la possibilità di concepire un post pubblicato su una piattaforma come *Facebook* come un "mezzo di pubblicità", ossia, qui, come uno strumento idoneo a diffondere un contenuto diffamatorio in un contesto più ampio e con maggiore intensità rispetto alla diffamazione semplice. La giurisprudenza, pur avendo evoluto il suo orientamento, sembra non considerare alcuni elementi cruciali che potrebbero influire sulla portata dell'offesa, come, ad esempio, il numero di "seguaci" di un profilo *Facebook*.

In effetti, potrebbe trattarsi di un profilo seguito da un numero esiguo di utenti, in cui l'offesa è visibile, dunque, solo ad una cerchia ristretta di persone, se non addirittura limitata a pochi amici o conoscenti.

Inoltre, l'impostazione della *privacy* scelta dall'autore del post potrebbe limitare ulteriormente la diffusione dell'offerta stessa. L'orientamento scelto è quello di trattare indistintamente qualsiasi post come canale in grado di ottenere grande diffusione, senza tenere conto di tali differenze, il che potrebbe comportare un'applicazione analogica del concetto di ampiezza dei soggetti ammessi a conoscere l'offesa non del tutto corretta.

B. La questione dell'individuabilità del soggetto passivo

Il secondo aspetto che merita una riflessione riguarda l'individuabilità del soggetto passivo. Essendo l'individuabilità del destinatario delle offese generalmente considerata un requisito fondamentale per la configurazione del reato in oggetto, nel caso di assenza di nomi espliciti non si può escludere a priori la possibilità di equivoci.

È improbabile, ma non impossibile, che le espressioni diffamatorie possano riferirsi a soggetti diversi dalla vittima effettiva, in quanto l'interpretazione di un post può variare a seconda della percezione e delle conoscenze del pubblico che lo legge. Il rischio di equivoci potrebbe sorgere se, ad esempio, una somiglianza fisica o personale tra la vittima presunta e altri soggetti, magari di fantasia, induce il lettore a pensare erroneamente che l'offesa sia indirizzata a diverso soggetto. Inoltre, la percezione dell'offesa potrebbe essere influenzata dai rapporti interpersonali, positivi o negativi, tra il lettore e l'autore del post o tra il lettore e la presunta vittima. Questi fattori, che riguardano la soggettività del contesto, potrebbero

complicare l'individuabilità e far sorgere incertezze sull'effettiva imputazione²³. Ed in vero, occorre annotare che su tale punto una recentissima sentenza della Suprema Corte²⁴ è intervenuta ponendo una, parziale quanto necessaria, limitazione, statuendo che l'identificazione del soggetto destinatario dell'offesa, non possa basarsi su mere supposizioni o interpretazioni soggettive.

È essenziale, si afferma, che, se pur privo di nomi, il post contenga riferimenti chiari ed inequivocabili al destinatario. Tale principio garantisce tutela, non solo a chi pubblica *post online*, ma anche alla libera espressione del pensiero.

C. Le criticità

Le considerazioni sopra esposte pongono in evidenza che il principio affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento potrebbe non essere del tutto privo di criticità.

I concetti di "pubblicità" e di "individuabilità" del soggetto passivo, seppur validi in linea di principio, potrebbero risultare, in alcuni casi, applicati in modo troppo rigido o impreciso, con il rischio di generare incertezze nell'applicazione pratica del reato di "diffamazione online".

In effetti, la giurisprudenza della Corte, pur consolidando un principio importante per la tutela della reputazione *online*, rischia di aprire la porta a situazioni di incertezza, laddove il concetto di individuabilità venga applicato in modo estensivo o, che al concetto di "mezzo di pubblicità" venga attribuita una dimensione maggiore rispetto a quella realmente posseduta.

In definitiva, pur riconoscendo l'importanza della sentenza in esame, si potrebbe considerare opportuno affinare ulteriormente l'interpretazione delle fattispecie di diffamazione aggravata realizzata a mezzo *social*, tenendo conto delle peculiarità concrete dei singoli casi e delle implicazioni pratiche di una tutela così ampia della reputazione, che, come sottolineato in una precedente sentenza della Corte di Cassazione²⁵, comporta una certa dose di incertezze.

23 Cfr. Cass. pen. Sez. V, sent. 25 marzo 2022, n. 10762. Dove, statuendo il principio secondo cui ai fini del reato di diffamazione non è necessario che sia indicato espressamente il nome della persona offesa, essendo sufficiente l'indicazione di elementi temporali o personali della fattispecie per l'individuazione del soggetto offeso, si riconosce la configurazione del reato ex art. 595, co. 3 c.p. nella pubblicazione di un post sul *social Facebook* privo di nome del soggetto offeso, ritenendo siano sufficienti a permetterne l'individuabilità epiteti quali "nana" e "spazzina" e note e pregresse tensioni tra i soggetti.

24 Cass. Pen. Sez. V, 06 novembre 2024, n. 40746.

25 Cfr. Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 2784 del 21 gennaio 2015. Dove si afferma: «qualora l'espressione lesiva dell'altrui reputazione sia riferibile, ancorché in assenza di indicazioni nominative, a persone individuabili e individuate per la loro attività, esse possono ragionevolmente sentirsi destinatarie di detta espressione, con conseguente configurabilità del reato di cui all'art. 595 cod. pen.», dove l'avverbio "ragionevolmente" fa intuire una situazione di non certezza.

In quest'ottica, l'applicazione del principio di individuabilità dovrebbe evitare la creazione di spazi troppo ampi per l'interpretazione, onde non incorrere nel rischio di un'estensione analogica in *malam partem* che potrebbe risultare inadeguata e potenzialmente ingiusta.

OSSERVATORIO



OSSERVATORIO DI DIRITTO CIVILE

Civil law observatory n. 1/2025

Andrea Giocondi - Andrea Greco¹

Abstract [ITA]: questo numero contiene un massimario delle più importanti sentenze della Cassazione e della Corte costituzionale depositate nel primo trimestre 2025 nonché il riferimento ad alcune novità normative intervenute nel medesimo periodo. L'Osservatorio riporta anche una breve nota alla sentenza della Cassazione n. 2683/2025.

Parole chiave: diritto civile – 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 2025 as well as references to some regulatory innovations. The Observatory also reports a note to the judgment of the Supreme Court ruling no. 2683/2025.*

Keywords: *civil law – jurisprudential developments – regulatory innovation*

SOMMARIO: **1.** Fideiussione e tempestività dell'azione. La Cassazione di fronte alla clausola derogatoria del termine decadenziale previsto dall'art. 1957 c.c.. Nota a Cass., Sez. I, Ord. 4 febbraio 2025 (ud. 29 gennaio 2025), n. 2683. – **2.** Il repertorio delle più importanti pronunce della suprema Corte di cassazione relative al primo trimestre 2025. – **3.** Il repertorio delle più importanti pronunce della Corte costituzionale relative al primo trimestre 2025. – **4.** Le principali novità normative.

1. Fideiussione e tempestività dell'azione. La Cassazione di fronte alla clausola derogatoria del termine decadenziale previsto dall'art. 1957 c.c.. Nota a Cass., Sez. I, Ord. 4 febbraio 2025 (ud. 29 gennaio 2025), n. 2683.

La massima: La decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria ai sensi dell'articolo 1957 c.c. per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore

¹ In questo numero, il repertorio della giurisprudenza della Corte di cassazione è stato curato dall'Avv. Andrea Giocondi. La nota a Cass., Sez. I, ord. 4 febbraio 2025 (ud. 29 gennaio 2025), n. 2683, il repertorio della giurisprudenza della Consulta e le novità normative dall'Avv. Andrea Greco.



principale può formare oggetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico. Detta clausola non rientra neanche tra quelle particolarmente onerose per le quali l'art. 1341, comma 2, c.c. esige, nel caso che siano predisposte da uno dei contraenti, la specifica approvazione per iscritto dell'altro contraente.

La vicenda giudiziaria: La vicenda giudiziaria può essere così sinteticamente riassunta. Un istituto di credito azionava in via monitoria un contratto di apertura di credito in conto corrente assumendo di essere creditore della somma di Euro 108.911,84 oltre interessi; che a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte dall'obbligata principale con distinti atti avevano prestato fideiussione C.C., A.A. e B.B. sino alla concorrenza di Euro 387.348,67 e di avere ritualmente comunicato alle parti il recesso dal contratto di conto corrente. Il Tribunale di Cosenza, adito dal debitore principale e dai fideiussori con due distinte opposizioni poi riunite, revocava il decreto ingiuntivo e condannava gli opposenti in solido al pagamento, in favore della banca opposta, della minor somma di Euro 78.679,62 oltre interessi fino al soddisfo; compensava per metà le spese del giudizio e della consulenza tecnica di ufficio e condannava gli opposenti al pagamento, in favore della banca, della restante metà di dette spese. A.A., B.B. e C.C. proponevano gravame dinanzi alla Corte di Appello di Catanzaro che rigettava l'appello. Per quanto d'interesse della presente nota di commento, la Corte di merito precisava che la decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria ai sensi dell'articolo 1957 c.c. per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale può formare oggetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione da parte del fideiussore del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore e che la clausola relativa a detta rinuncia non rientra, peraltro, neanche tra quelle particolarmente onerose per le quali l'art. 1341, comma 2, c.c. esige, nel caso che siano predisposte da uno dei contraenti, la specifica approvazione per iscritto dell'altro contraente. Avverso detta sentenza A.A., B.B. e C.C. presentavano ricorso per cassazione con due motivi ed anche memoria. La cessionaria del credito originariamente vantato dalla banca a sua volta presentava controricorso ed anche memoria.

I principi di diritto espressi nella pronuncia. Con la sentenza in esame la Corte addiviene alle proprie conclusioni sulla base di una serie di considerazioni e principi che ruotano intorno alla clausola derogatoria della decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria prevista dall'articolo 1957 c.c.. Il punto di partenza del ragionamento della Corte è la considerazione che la decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria prevista dall'articolo 1957 c.c. per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale può sempre formare oggetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico. Posta questa premessa, la Corte precisa quindi che detta clausola non rientra neanche tra quelle ritenute particolarmente onerose per le quali l'art. 1341, comma 2, c.c., nel



caso che siano predisposte da uno dei contraenti rende necessaria la specifica approvazione per iscritto dell'altro contraente e che, da un punto di vista squisitamente processuale, l'eccezione di estinzione della garanzia fideiussoria ha natura di eccezione propria e non di mera difesa. In questo quadro di riferimento, la Corte si sofferma infine su quella che nell'ultimo lustro è stata una delle questioni più dibattute nella giurisprudenza di legittimità e di merito, ovvero il perimetro applicativo del provvedimento con il quale la Banca di Italia nella sua funzione di garante per la concorrenza e mercato nel settore creditizio ha censurato un'intesa anticoncorrenziale avente ad oggetto le clausole bancarie uniformi operata tra diversi istituti di credito. Sul punto la Corte ribadisce che la nullità parziale del contratto "a valle" dell'accertata intesa anticoncorrenziale può ritenersi automatica nel solo caso in cui il singolo contratto fideiussorio in contestazione rientri nei parametri temporali («l'epoca di stipulazione della fideiussione, che deve essere stata stipulata entro l'ambito temporale al quale può essere riferito l'accertamento della Banca d'Italia»), sostanziali («la natura della fideiussione, giacché il provvedimento della Banca d'Italia è riferito solo ed esclusivamente alle fideiussioni *omnibus*, non a quelle prestate per un affare particolare» o, aggiungiamo, ai contratti autonomi di garanzia) e di forma («il contenuto delle clausole contrattuali di cui si invoca la nullità e la loro esatta corrispondenza con quelle oggetto di esame da parte della Banca d'Italia nel provvedimento in precedenza richiamato, esatta corrispondenza da riguardare, beninteso, in termini di compresenza, giacché, nella prospettiva seguita dal provvedimento n. 55, è la compresenza delle clausole ad essere lesiva della concorrenza») individuati dal provvedimento reso dalla Banca di Italia. In tutti gli altri casi spetterà alla parte interessata l'onere di provare la nullità della clausola in contestazione.

La giurisprudenza in materia: Nella sentenza in esame si intrecciano, come è stato precedentemente osservato, una serie di considerazioni e principi che ruotano intorno alla clausola derogatoria della decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria prevista dall'articolo 1957 c.c. nell'ipotesi di ritardato avvio delle azioni nei confronti dell'obbligata principale o di mancata coltivazione delle stesse. L'esame dei principali percorsi giurisprudenziali proverà dunque a tener conto di tutte queste linee partendo da quella, forse principale, della natura della clausola derogatoria, contenuta in buona parte dei modelli uniformi di garanzia, di quanto statuito dall'art. 1957 c.c.. A riguardo la Corte sin dagli anni sessanta del secolo scorso (cfr.: Cass., 16 giugno 1961, n. 1404; Cass., 21 marzo 1963, n. 693; Cass., 10 luglio 1974, n. 2034), e pur in un momento storico nel quale la validità ed i confini della c.d. fideiussione *omnibus* erano quanto meno dubbi, ha più volte ribadito, come vedremo in contrasto con larga parte della dottrina, non solo che «la decadenza dall'obbligazione fideiussoria per mancata proposizione delle azioni contro il debitore principale da parte del creditore entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale può formare oggetto di rinuncia» (Cass., Sez. III, 20 aprile 1982, n. 2461) non essendo qualificabile la disposizione come di ordine pubblico, ma anche che «la rinuncia preventiva del fideiussore a far valere la decadenza prevista dall'art. 1957 c.c., comma 1, a carico del creditore che non abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate, entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita non solo può formare oggetto di rinuncia preventiva da

parte del fideiussore (trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione da parte del fideiussore del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore), ma non rientra tra le clausole particolarmente onerose per le quali l'art. 1341 c.c. esige, nel caso che siano predisposte da uno dei contraenti, la specifica approvazione per iscritto dell'altro contraente» (Cass., Sez. III, 18 aprile 2007, n. 9245). Il disposto dell'art. 1957 c.c. in buona sostanza, «non è né inderogabile né irrinunciabile come la giurisprudenza di questa Corte ha più volte affermato. Infatti può formare oggetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore la decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria per mancata proposizione delle azioni contro il debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale. Ma siffatta rinuncia, può essere anche implicita attraverso un comportamento del fideiussore univoco ed incompatibile con la volontà di avvalersi della facoltà, prevista nell'art. 1957 c.c., di eccepire la decadenza trattandosi di materia che non è sottratta alla disponibilità delle parti» (Cass., Sez. I, 08 febbraio 1989, n. 786). Sebbene non costituisca oggetto della presente analisi, appare utile osservare che il principio della non vessatorietà della clausola trova applicazione in giurisprudenza ai contratti B2B ma è quanto meno dubbio che possa estendersi anche a quelli B2C per i quali, al contrario, si è osservato come appaia «del tutto condivisibile l'ipotesi di abusività della clausola in esame, posto che essa non prevede un apprezzabile vantaggio a favore del consumatore, tale da compensare la perdita dell'eccezione di decadenza» (Trib. Torino, Sez. I, 04 febbraio 2025, n. 555. In senso conforme anche Trib. Ivrea, 16 maggio 2023. In senso contrario ed in tempi meno recenti – il provvedimento è antecedente alle due note sentenze della Corte di Giustizia del 17 maggio 2022 nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19 a tema di tutela europea del consumatore – si veda invece Tribunale Pordenone, 19 marzo 2021, n. 197 secondo il quale la clausola derogatoria dell'art. 1957 c.c. non può «essere ricondotta all'art. 33 lett. t) del d.lgs. n. 206 del 2005, ed alla conseguente disciplina circa la presunzione di vessatorietà. La disposizione normativa, infatti, presume vessatorie fino a prova contraria - tra le altre ivi indicate - le clausole che pongono limitazioni a porre eccezioni a carico del consumatore; la formula normativa riproduce quanto più genericamente già espresso dall'art. 1341, secondo comma, c.c., laddove stabilisce che non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, tra le altre ivi indicate, le condizioni che stabiliscono a carico del contraente che non ha predisposto le condizioni di contratto limitazioni a porre eccezioni; chiaramente le due disposizioni differiscono in punto di regime applicabile a tali clausole, più incisivo dal punto di vista della protezione a favore del soggetto più debole nel codice del consumo. Ciò che interessa, tuttavia, nel caso in esame, è se la deroga all'art. 1957 c.c. possa considerarsi alla stregua di clausola che pone limitazioni alla facoltà di porre eccezioni e, dunque, se come tale sia riconducibile alla disciplina dell'art. 1341, secondo comma, c.c., oppure alla disciplina di cui all'art. 33, lett. t), d.lgs. n. 205 del 2006, in caso di contratto concluso con consumatore (ipotesi pacificamente sussistente nel caso di specie). Orbene, secondo condivisibile e consolidata giurisprudenza di legittimità la rinuncia preventiva del consumatore ad eccepire la decadenza ex art. 1957 c.c. non rientra tra le clausole particolarmente onerose per le quali l'art. 1341 c.c. esige, nel caso che siano predisposte da uno dei contraenti, la specifica approvazione per iscritto dell'altro contraente». Appare infine

ormai costante il principio secondo il quale il rilievo officioso della nullità di un contratto di fideiussione in relazione alla contrarietà alla normativa antitrust è precluso «se la parte interessata non ha prodotto il provvedimento della Banca d'Italia ed il modello ABI cui lo stesso fa riferimento onde documentare la conformità a detto modello delle clausole contrattuali del contratto di fideiussione ritenuto nullo appunto in ragione di detta conformità» (Cass., Sez. I, ord. 25 novembre 2024, n. 30383 e Cass., Sez. III, ord. 17 luglio 2023, n. 20713 secondo la quale poiché si parla, nella specie, della presunta nullità di una clausola contrattuale che discenderebbe dalla conformità del contratto rispetto al modello redatto dall'ABI e contenente le clausole oggetto del provvedimento sanzionatorio della Banca d'Italia, gli odierni ricorrenti avrebbero dovuto allegare i fatti costitutivi funzionali a fondare la legittimità di una successiva rilevazione officiosa della nullità pur in assenza di una tempestiva domanda formulata in tal senso, poiché tanto il contratto in contestazione, quanto la modulistica applicata e la deliberazione della Banca d'Italia suindicata erano note e a disposizione delle parti»).

La dottrina: L'articolo 1957 c.c. ha destato, nel corso dei decenni, un discreto interesse in dottrina. È stato innanzitutto osservato come la disposizione trovi giustificazione «in un dovere di correttezza che deve essere osservata anche nell'esercizio dei diritti, sia nel principio per cui il fideiussore rispondendo per un debito non suo, non deve, a causa di una scarsa diligenza del creditore, essere messo in condizione di non poter agevolmente reintegrare il suo patrimonio rimanendo pregiudicato, anche solo di fatto, in caso di insolvenza del debitore, sia nell'esigenza di evitare che il creditore, sicuro della bontà della garanzia, trascuri l'esercizio del suo diritto verso il debitore garantito» (G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Napoli-Camerino, 1980, 168. Per una disamina della *ratio* della disposizione di veda anche F. NAPPI, *Fideiussione temporalmente delimitata (Zeitburgschaft) ed art. 1957 c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995, 564). Ciò premesso, non ci soffermerà in questa sede, come pure non ci si è soffermati esaminando la giurisprudenza in materia, sulla corretta definizione di «istanze contro il debitore principale» che il creditore, nel termine di sei mesi, deve avviare e coltivare con diligenza pena la perdita della garanzia fideiussoria se non per segnalare l'opinione autorevole ma isolata secondo la quale «non sembra possibile in proposito limitare il contenuto delle istanze alle sole attività processuali senza violare oltre che lo spirito anche la lettera dell'articolo. Il legislatore ha voluto evitare che il creditore si disinteressasse del proprio credito e, a tal fine, gli ha imposto di compiere attività che notassero un suo interesse all'adempimento. Affermare la necessaria giudizialità delle istanze, equivale a sostenere che l'interesse del creditore debba manifestarsi nell'esercizio di un'azione processuale e ciò non è stato ancora dimostrato». (G. BISCONTINI, *op. cit.*, 169). La prevalente dottrina ritiene, infatti, necessario, affinché sia mantenuta la garanzia, l'avvio di un'azione legale volta al recupero del credito non essendo sufficiente una mera attività stragiudiziale quale l'invio di diffide (C. FALQUI MASSIDDA, voce *Fideiussione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XIV, 1989, 12). Sulla natura e sulla portata delle disposizioni di cui all'art. 1957 c.c. in dottrina si è da tempo osservato che «i termini previsti dall'articolo 1957 c.c. non sono di prescrizione ma di decadenza perché l'estinzione della garanzia è sanzione dell'inadempimento di un onere del creditore» (C. FALQUI MASSIDDA, *op. cit.*, 11. Del medesimo tenore anche l'opinione di M. FRAGALI voce *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVII, 1968, 382, di U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977, 102, di G. BISCONTINI, *op. cit.*, 193 ed in tempi più recenti di O. B. CASTAGNARO, *Sulle clausole relative ai limiti temporali della fideiussione*, in *Contratto ed Impresa*, 2003, 2, 730 la quale precisa come «l'opinione assolutamente prevalente vuole che la norma di cui all'art. 1957 cod. civ. sia senz'altro derogabile, potendo il fideiussore rinunciare, anche in via preventiva, alla decadenza da tale norma sancita». Pochi dubbi

appaiono esservi in dottrina sulla derogabilità, anche tacita, di quanto previsto dall'art. 1957 c.c. (In senso contrario si veda però G. BISCONTINI, *op. cit.*, 210 secondo il quale «da quanto sin qui detto si possono esprimere dubbi sulla sicura derogabilità dell'articolo 1957 cod. civ. sia per il modo in cui è usata e prevista, sia per l'incidenza che viene ad avere sulla disciplina tipica. Il legislatore ha mediato gli interessi confliggenti del garante del creditore e una deroga a tale mediazione si potrebbe giustificare soltanto sulla base di un interesse facente capo al fideiussore o, almeno, nella misura in cui tale deroga risulta effettivamente giustificata dalle peculiarità della concreta fattispecie che si deve regolare». La dottrina tende poi a discostarsi dalla maggioritaria giurisprudenza con riferimento alla natura imperativa o meno della clausola in questione. La deroga agli stetti termini previsti dall'art. 1957 c.c. deve, infatti, «considerarsi particolarmente onerosa perché la rinuncia limita la facoltà del fideiussore di opporre eccezioni» (C. FALQUI MASSIDDA, *op. cit.*, 12). In senso contrario a quanto affermato dalla maggioritaria giurisprudenza si veda anche, sempre in tempi risalenti anche A. A. DOLMETTA, *Sulla vessatorietà della clausola di rinuncia alla decadenza ex art. 1957 c.c. e sulla portata della liberazione del fideiussore di cui all'art. 1956 c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1989, 418, G. VALCAVI, *Sulla inderogabilità dell'art. 1957 c.c.*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1990, 3, 1122 secondo il quale «L'art. 1957 c. c. non mette insomma capo ad un onere, ma ad un obbligo del creditore per un fine di pubblico interesse che trascende quello individuale del garante. Si ha, in definitiva, un dovere senza un correlato diritto soggettivo dall'altra parte, che sorgerà quando matureranno le condizioni per la sua liberazione. Il precetto protegge l'interesse del garante solo in via mediata rispetto a quello pubblico ed il fideiussore ha un'aspettativa nei confronti del creditore. La ratio della norma va perciò individuata in codesto dovere di salvaguardia dell'interesse del garante, tenuto conto che questi ha azioni di regresso e di surroga solo dopo aver pagato (artt. 1949 e 1950 c. c.). Si può concludere che l'art. 1957 c.c. è norma di ordine pubblico ed inderogabile, come lo è in astratto il principio generale emergente dagli artt. 1175 e 1375 c. c.». La tesi è richiamata, più recentemente, anche da F. T. VESPASIANI, *La decadenza del creditore dal diritto di escutere la fideiussione ex art. 1957 cod. civ.*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, 12, 1424, secondo il quale «va però segnalato che proprio l'opinione che ritiene derogabile tale norma, ... non appare tuttavia così pacifica, in quanto alcuni interpreti (ed anche alcune isolate pronunce di merito), proprio esaltandone il suo carattere di manifestazione speciale del generale dovere di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, espresso dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ., le attribuiscono carattere imperativo, in quanto ispirato a principi di ordine pubblico». Un quadro complessivo delle problematiche connesse alla fideiussione omnibus può rinvenirsi anche in G. M. MARSICO *Fideiussione omnibus: tra mercato, concorrenza e decadenza*, in *I contratti*, 2024, 6, 694. Sulla connessa problematica delle azioni a valle di provvedimenti dell'autorità garante si veda, oltre a M. SCOTTO DI CARLO, *Fideiussione omnibus conforme al modello ABI e buona fede del creditore*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2025, 2, 219, anche il già menzionato G. M. MARSICO, *op. cit.*, 694.

2. Il repertorio delle più importanti pronunce della suprema Corte di cassazione relative al primo trimestre 2025.

Cass., Sez. II, Ord. 8 gennaio 2025 (ud. 8 novembre 2024), n. 363 (Pres. Bertuzzi – Rel. Varrone).

Usi civili – Azione risarcitoria – Prescrizione

La prescrizione del diritto al risarcimento sorge nel momento in cui la produzione di un danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile e gli eventuali ostacoli all'esercizio del diritto, rilevanti ai fini dell'art. 2935 c.c., sono soltanto gli impedimenti di carattere giuridico, non quelli di fatto. Sicché, il termine di prescrizione



dell'azione risarcitoria per responsabilità professionale di un notaio decorre non dall'epoca dell'accertamento della nullità del contratto di compravendita dallo stesso rogato o dalla definizione dei contenziosi riguardanti l'esistenza di usi civici, bensì dal momento del manifestarsi all'esterno del danno come percepibile dal danneggiato alla stregua della diligenza da quest'ultimo esigibile ai sensi dell'art. 1176 c.c., secondo standard obiettivi e in relazione alla specifica attività del professionista, in base ad un accertamento di fatto rimesso al giudice del merito.

Cass., Sez. Un., Ord. 15 gennaio 2025 (ud. 26 novembre 2024), n. 1008 (Pres. D'Ascola – Rel. Campese).

Usi civici – Commissario usi civici – Giurisdizione

Dal momento che, ai sensi dell'art. 29 della l. 16 giugno 1927, n. 1766, la giurisdizione dei commissari per la liquidazione degli usi civici ha ad oggetto tutte le controversie relative all'accertamento, alla valutazione e alla liquidazione dei diritti di uso civico, allo scioglimento delle promiscuità e alla rivendicazione e ripartizione delle terre, questa si estende ad ogni controversia circa l'esistenza, la natura e l'estensione dei diritti di uso civico e degli altri diritti di promiscuo godimento delle terre spettanti agli abitanti di un comune o di una frazione, comprese quelle nelle quali sia contestata la qualità demaniale del suolo o l'appartenenza a titolo particolare dei beni delle associazioni, nonché tutte le questioni a cui dia luogo lo svolgimento delle operazioni affidate ai commissari stessi, ivi comprese le controversie concernenti la rivendica, intesa come attività diretta al recupero dei suddetti terreni per consentire il pieno e pacifico esercizio del godimento degli usi civici da parte della collettività beneficiaria allorquando debba procedersi tra i titolari all'accertamento con efficacia di giudicato delle rispettive posizioni di diritto soggettivo, nonché le controversie che impongano il pregiudiziale accertamento della “*qualitas soli*” quale antecedente logico-giuridico della decisione. Tale giurisdizione resta invece esclusa allorquando la “*qualitas soli*” risulti già accertata o allorquando si contesti la misura del canone di affrancazione e non la qualità demaniale del suolo.

Cass., Sez. II, 15 gennaio 2025 (ud. 5 dicembre 2024), n. 997 (Pres. Orilia – Rel. Oliva).

Servitù – Configurazione – Aggravamento dell'esercizio

Secondo la norma dell'art. 1064, c. 1, c.c., il diritto di servitù ricomprende tutto ciò che è necessario per usarne ed è comprensivo anche degli *adminicula servitutis*, cioè di quelle facoltà accessorie, indispensabili per l'esercizio del diritto e senza le quali l'*utilitas* della servitù non potrebbe ricevere attuazione (nella specie, la Corte ha ritenuto che la mera sosta temporanea di automezzi su di un cortile, nemmeno esercitata quotidianamente, non può implicare l'asservimento del bene allo scopo di parcheggio, ma rientra nelle facoltà necessarie al concreto esercizio del diritto *in re aliena* e non potendo configurarsi *sub specie* di aggravamento dell'esercizio della servitù).

Cass., Sez. I, Ord. 24 gennaio 2025 (ud. 10 dicembre 2024), n. 1718 (Pres. Terrusi – Rel. Crolla).



Prodotti agricoli – Consorzio – Prelazione

Il privilegio di cui al n. 5 bis dell'art. 2751-bis c. c. non è fondato sulla sola qualifica soggettiva del creditore (cooperativa o consorzio agrario iscritto nel relativo registro), ma anche sulla natura oggettiva del credito, ovvero che esso derivi dall'attività nella quale si esplica la funzione cooperativa in via speciale tutelata dal legislatore. Ne consegue che la tutela creditizia privilegiata non riguarda solo la vendita dei prodotti che siano riconducibili all'attività dei soci della cooperativa, quale che sia l'entità del loro apporto lavorativo personale, e l'attività di trasformazione delle imprese consorziate, ma può anche estendersi ad operazioni commerciali caratterizzate da acquisti presso terzi di prodotti destinati ad essere rivenduti qualora tali attività risultino funzionali allo scopo mutualistico purché emerga il nesso di strumentalità con la finalità cooperativa.

Cass., Sez. Un., 27 gennaio 2025 (ud. 26 novembre 2024), n. 1900 (Pres. D'Ascola – Rel. Grasso).

Servitù coattive – Litisconsorzio

L'azione volta alla costituzione di una servitù coattiva di passaggio, per come disciplinata dagli artt. 1051 e 1052 c.c., genera un processo litisconsortile stante la compresenza di una pluralità di rapporti bilaterali strettamente correlati così da garantire l'accesso del fondo intercluso alla via pubblica. Sicché, qualora il giudice ordini l'integrazione del contraddittorio e questa non venga eseguita, il procedimento deve essere dichiarato estinto in conformità alle disposizioni del processo civile, senza che ciò comporti una pronuncia di rigetto della domanda.

Cass., Sez. V, 29 gennaio 2025 (ud. 22 ottobre 2024), n. 2136 (Pres. Perrino – Rel. Balsamo).

Demanio – Strade comunali ed autostrade – Viadotti

Ancora qualora la realizzazione della rete autostradale venga prevista ed approvata con provvedimenti legislativi, ciò non comporta automaticamente il trasferimento della proprietà delle strade interessate allo Stato ed il conseguente passaggio di quelle comunali e provinciali, sulle quali insiste un viadotto autostradale, nel demanio statale. L'indiscussa natura demaniale delle strade comunali - inferibile dagli artt. 822, c. 2 c.c. e 22 della l. n. 2248/1865 -, non viene meno in ragione della natura demaniale dell'autostrada, in assenza di un provvedimento ablativo del demanio comunale.

Cass., Sez. V, 29 gennaio 2025 (ud. 22 ottobre 2024), n. 2136 (Pres. Perrino – Rel. Balsamo).

Strade ed autostrade – Società concessionarie – Longa manus dello Stato

La mera pianificazione della costruzione di autostrade e la localizzazione del tracciato ad opera dello Stato, non rende la società concessionaria la sua *longa manus* per la realizzazione di un servizio ad essenziale rilevanza pubblica, dal momento che detta concessionaria persegue, in autonomia, un proprio fine di lucro, ricavando dalla gestione il diritto di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati per la durata prevista dalla concessione, a nulla rilevando che l'opera sia di proprietà dello Stato, al quale ritornerà al termine della concessione. Il concessionario, peraltro, non può essere considerato *longa manus*



dell'Amministrazione pubblica neppure laddove ricorrano i requisiti dell'*in house providing*; infatti, il controllo pubblico dominante, per quanto svolto attraverso strumenti derogatori rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento sociale, non incide sull'alterità soggettiva della società rispetto all'amministrazione pubblica, in quanto la società *in house* rappresenta pur sempre un centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante.

Cass., Sez. I, 31 gennaio 2025 (ud. 3 dicembre 2024), n. 2295 (Pres. Acerno – Rel. Iofrida).

Usi civici – Comunioni familiari montane – Legittimazione attiva e passiva

Dall'applicazione di principi generali la Regola, abbia o no personalità giuridica, è una comunione tacita e, come per i condòmini, vi è una legittimazione ad agire per la conservazione del patrimonio che spetta esclusivamente alla collettività stessa rappresentata dall'organizzazione sociale, in quanto soggetto giuridico autonomo; deve quindi escludersi la legittimazione del singolo regoliere.

Cass., Sez. I, Ord. 10 febbraio 2025 (ud. 7 febbraio 2025), n. 3413 (Pres. Scoditti – Rel. Abete).

Usi civici – Azione risarcitoria – Prescrizione

Ai fini della prova degli elementi costitutivi dell'usucapione, la mera coltivazione del fondo non è di per sé sufficiente in quanto non esprime, in modo inequivocabile, l'intento del coltivatore di possedere, occorrendo, invece, che tale attività materiale, corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, sia accompagnata da ulteriori indizi che consentano di presumere che essa è stata svolta *uti dominus*.

Cass., Sez. II, Ord. 20 febbraio 2025 (ud. 5 febbraio 2025), n. 4534 (Pres. Mocci – Rel. Pirari).

Servitù coattive – Fondo intercluso

Ai sensi dell'art. 1051 cod. civ., il presupposto dell'interclusione di un fondo, da verificarsi in riferimento all'immobile nel suo complesso e, quindi, senza tenere conto del fatto che soltanto una parte di esso, per effetto di libere e legittime scelte del proprietario, non sia raggiungibile con mezzi meccanici, non è escluso dal passaggio esercitato di fatto su un fondo appartenente a terzi, viceversa occorrendo che esista un diritto reale (*iure proprietatis* o *servitutis*) di passaggio che soddisfi le esigenze per le quali si agisca per la costituzione della servitù, anche se insufficiente o inadatto ai bisogni del fondo.

Cass., Sez. I, Ord. 24 febbraio 2025 (ud. 21 novembre 2024), n. 4787 (Pres. Scotti – Rel. Reggiani).

Demanio marittimo – Occupazione – Indennizzo

In tema di beni appartenenti al demanio marittimo, il disposto del secondo periodo dell'art. 1, comma 257, l. 27 dicembre 2006, n. 296, nella parte in cui prevede un indennizzo commisurato al valore di mercato per il caso di occupazione dei beni del demanio marittimo mediante la realizzazione di opere inamovibili in difetto assoluto di titolo abilitativo o in presenza di titolo abilitativo che per il suo contenuto è incompatibile con la destinazione e la disciplina del bene demaniale, pur avendo carattere innovativo, opera con la stessa

retroattività della disposizione contenuta nel primo periodo della stessa norma, cui è collegato. In ogni caso, il riconoscimento di tale indennizzo richiede l'accertamento del carattere di inamovibilità delle opere realizzate, anche quando l'occupazione determini un mutamento di destinazione del bene.

Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2025 (ud. 26 novembre 2024), n. 4892 (Pres. D'Ascola – Rel. Dell'Utri).

Locazione – Risoluzione anticipata – Risarcimento del danno da mancato guadagno

Il diritto del locatore a conseguire il risarcimento del danno da mancato guadagno ai sensi dell'art. 1223 c.c., non viene meno, di per sé, per il solo fatto della restituzione dell'immobile prima della naturale scadenza del contratto, ma richiede la dimostrazione, da parte del locatore, di essersi tempestivamente attivato, una volta ottenuta la disponibilità dell'immobile, per una nuova locazione a terzi, fermo restando l'apprezzamento del giudice sulle circostanze del caso concreto anche in base al canone della buona fede e restando comunque esclusa l'applicabilità di cui all'art. 1591 c.c.

Cass., Sez. II, Ord. 27 febbraio 2025 (ud. 20 febbraio 2025), n. 5143 (Pres. Mocci – Rel. Oliva).

Lastrico solare – Uso esclusivo

Il condomino titolare dell'uso esclusivo del lastrico solare e proprietario dell'unità immobiliare sottostante può, nel rispetto dei limiti di cui all'art. 1102 c.c., eseguire opere di collegamento tra i due livelli mediante il taglio delle travi e l'apertura nel solaio con realizzazione di una bussola, purché tali interventi non comportino un'alterazione della cosa comune tale da comprometterne l'uso, come la riduzione della funzione di copertura o della sicurezza statica del solaio.

Cass., Sez. II, Ord. 27 febbraio 2025 (ud. 20 febbraio 2025), n. 5143 (Pres. Mocci – Rel. Oliva).

Interventi edilizi – Variazioni dimensionali e volumetriche – Nuova costruzione

In materia di interventi edilizi, ai sensi dell'art. 31, comma 1, lett. d), della l. 5 agosto 1978, n. 457, si configura una ristrutturazione edilizia qualora le opere, consistenti in modificazioni esclusivamente interne, non alterino le componenti essenziali dell'edificio preesistente – quali muri perimetrali, strutture orizzontali e copertura – mentre si configura una ricostruzione ove tali componenti risultino assenti per cause naturali o per demolizione volontaria e l'intervento consista nel loro fedele ripristino, senza variazioni dimensionali né volumetriche, con la precisazione che, in presenza di aumenti di volumetria, l'intervento assume la natura di nuova costruzione, soggetta alla normativa vigente in materia di distanze al momento della realizzazione.

Cass., Sez. III, Ord. 3 marzo 2025 (ud. 26 novembre 2024), n. 5653 (Pres. Frasca – Rel. Moscarini).

Responsabilità civile – Assicurazione

In materia di assicurazione della responsabilità civile da circolazione stradale, l'art. 144 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, va interpretato in conformità al diritto dell'Unione europea, nel

senso che tanto il conducente quanto il trasportato sono legittimati ad esercitare l'azione diretta nei confronti dell'impresa assicuratrice del veicolo antagonista, anche qualora il mezzo sul quale viaggiano risulti privo di copertura assicurativa, non incidendo tale circostanza sull'ammissibilità dell'azione stessa, né potendo l'obbligo assicurativo *ex art. 122* del medesimo decreto escludere tale legittimazione.

Cass., Sez. Un., 5 marzo 2025 (ud. 18 febbraio 2025), n. 5841 (Pres. D'Ascola – Rel. Iannello).
Mutuo solutorio – Momento del perfezionamento del contratto

Il perfezionamento del contratto di mutuo, con la conseguente nascita dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità giuridica del mutuatario medesimo, attraverso l'accredito su conto corrente, non rilevando in contrario che le somme stesse siano immediatamente destinate a ripianare pregresse esposizioni debitorie nei confronti della banca mutuante, costituendo tale destinazione frutto di atti dispositivi comunque distinti ed estranei alla fattispecie contrattuale. Anche ove si verifichi tale destinazione, il contratto di mutuo (c.d. mutuo solutorio), in presenza dei requisiti previsti dall'art. 474 c.p.c., costituisce valido titolo esecutivo.

Cass., Sez. Un., 19 marzo 2025 (ud. 10 dicembre 2024), n. 7299 (Pres. D'Ascola – Rel. Rubino).
Abusivo frazionamento del credito

In tema di abusivo frazionamento del credito, i diritti di credito che, oltre a fare capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche in proiezione iscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato oppure fondati sul medesimo o su analoghi fatti costitutivi il cui accertamento separato si traduca in un inutile e ingiustificato dispendio dell'attività processuale, non possono essere azionati in separati giudizi, a meno che non si accerti la titolarità, in capo al creditore, di un apprezzabile interesse alla tutela processuale frazionata, in mancanza del quale la domanda abusivamente frazionata deve essere dichiarata improponibile, impregiudicato il diritto alla sua riproposizione unitaria. Qualora non sia possibile l'introduzione di un giudizio unitario sulla pretesa arbitrariamente frazionata, per l'intervenuta formazione del giudicato sulla frazione di domanda separatamente proposta, il giudice è tenuto a decidere nel merito sulla domanda anche se arbitrariamente frazionata, e terrà conto del comportamento del creditore in sede di liquidazione delle spese di lite, escludendo la condanna in suo favore o anche ponendo in tutto o in parte a suo carico le spese di lite, *ex art. 88 e 92 primo comma c.p.c.*, integrando l'abusivo frazionamento della domanda giudiziale un comportamento contrario ai doveri di lealtà e probità processuale.

Cass., Sez. III, Ord. 25 marzo 2025 (ud. 10 febbraio 2025), n. 7890 (Pres. Travaglino – Rel. Cirillo).

Assicurazione della responsabilità civile – Clausola Claim's made

In materia di assicurazione della responsabilità civile, la clausola *claim's made* non integra una decadenza convenzionale nulla ai sensi dell'art. 2965 c.c., nella misura in cui fa dipendere

la perdita del diritto in conseguenza della scelta di un terzo, in quanto la richiesta del danneggiato concorre ad individuare il rischio assicurato, così integrandosi pienamente nella causa tipica del contratto di assicurazione della responsabilità civile, quale *species* dell'assicurazione contro i danni *ex art. 1904 c.c.*, della cui causa indennitaria la clausola *claim's made* è integralmente partecipe.

3. Il repertorio delle più importanti pronunce della Corte costituzionale relative al primo trimestre 2025.

1) Corte Cost., 3 gennaio 2025 (ud. 26 novembre 2024), n. 1 (Pres. Amoroso – Rel. Pitruzzella).

Edilizia residenziale pubblica – Provincia autonoma di Trento – Requisiti di assegnazione degli alloggi a canone sostenibile – Residenza

Sono incostituzionali gli artt. 5, comma 2-*bis*, e 3, comma 2-*bis*, della legge della Provincia autonoma di Trento 7 novembre 2005, n. 15, recante «Disposizioni in materia di politica provinciale della casa e modificazioni della legge provinciale 13 novembre 1992, n. 21 (Disciplina degli interventi provinciali in materia di edilizia abitativa)», come introdotti, rispettivamente, dai commi 6 e 2 dell'art. 38 della legge della Provincia autonoma di Trento 6 agosto 2019, n. 5 (Assestamento del bilancio di previsione della Provincia autonoma di Trento per gli esercizi finanziari 2019-2021), nella parte in cui richiedono, per l'assegnazione dell'alloggio a canone sostenibile e per il contributo integrativo del canone di locazione, la residenza in Italia per almeno dieci anni, di cui gli ultimi due, considerati al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, in modo continuativo.

2) Corte Cost., 10 febbraio 2025 (ud. 11 dicembre 2024), n. 16 (Pres. Amoroso – Rel. San Giorgio).

Spese di giustizia – Diritti di vacanza per vacanze successive alla prima

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, secondo comma, della legge 8 luglio 1980, n. 319 (Compensi spettanti ai periti, ai consulenti tecnici, interpreti e traduttori per le operazioni eseguite a richiesta dell'autorità giudiziaria) nella parte in cui, per le vacanze successive alla prima, dispone la liquidazione di un onorario inferiore a quello stabilito per la prima vacanza.

3) Corte Cost., 21 marzo 2025 (ud. 29 gennaio 2025), n. 33 (Pres. Amoroso – Rel. Navarretta).

Adozione internazionale – Diritto dei singoli a presentare dichiarazione di disponibilità ad adottare

È costituzionalmente illegittimo l'art. 29-*bis*, comma 1, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, facendo rinvio all'art. 6, non include le persone singole residenti in Italia fra coloro che possono presentare dichiarazione di disponibilità a adottare un minore straniero residente all'estero e chiedere al tribunale per i minorenni del distretto in cui hanno la residenza che lo stesso dichiari la loro idoneità all'adozione.

4. Le principali novità normative.

- **d. P. R. 13 gennaio 2025 n. 121**, pubblicato in GURI – serie generale n. 40 del 18 febbraio 2025 – Supplemento Ordinario n. 4/L, avente ad oggetto il **«Regolamento recante la tabella unica del valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità tra dieci e cento punti, comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso, ai sensi dell'articolo 138, comma 1, lettera b), del codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209»**.

Con il decreto in esame è stata approvata la tabella unica nazionale per la liquidazione del danno biologico e morale causati da sinistri stradali consistiti in postumi permanenti pari o superiori al 10% della complessiva validità del soggetto coinvolto.

- **l. 23 gennaio 2025 n. 4**, pubblicata in GURI – serie generale n. 19 del 24 gennaio 2025, avente ad oggetto la **«Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 novembre 2024, n. 178, recante misure urgenti in materia di giustizia»**.

Con il provvedimento in esame viene convertito in legge il decreto-legge del 29 novembre 2024, n. 178, il quale prevedeva una serie di misure inerenti il funzionamento degli uffici giudiziari quali, tra le altre, la riduzione del termine di assegnazione dei giudici di pace all'Ufficio del processo, la previsione di corsi di formazione per i magistrati giudicanti e requirenti ai quali sono conferiti o confermati incarichi direttivi e semidirettivi di primo e di secondo grado.

- **d.lgs. 28 febbraio 2025, n. 19**, pubblicato in GURI – serie generale n. 49 del 28 febbraio 2025, avente ad oggetto **«Misure urgenti in favore delle famiglie e delle imprese di agevolazione tariffaria per la fornitura di energia elettrica e gas naturale nonché per la trasparenza delle offerte al dettaglio e il rafforzamento delle sanzioni delle Autorità di vigilanza»**.

Il decreto prevede una serie di misure al fine di contenere il maggior onere sostenuto per la fornitura di gas naturale ed energia elettrica dalle famiglie e microimprese vulnerabili derivante dall'aumento del prezzo internazionale del gas naturale sul costo finale di tali prodotti.

- **d.lgs. 10 marzo 2025, n. 23**, pubblicato in GURI – serie generale n. 68 del 11 marzo 2025, avente ad oggetto **«Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2022/2554, relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014, (UE) n. 909/2014 e (UE) 2016/1011, e per il recepimento della direttiva (UE) 2022/2556, che modifica le direttive 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE,**

2014/59/UE, 2014/65/UE, (UE) 2015/2366e (UE) 2016/2341 per quanto riguarda la resilienza operativa digitale per il settore finanziario».

Il decreto legislativo prevede l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni non direttamente applicabili del Regolamento DORA. Come noto, detto regolamento si poneva come obiettivo di armonizzare le normative dei singoli stati membri nella gestione del rischio ICT nel settore dei servizi finanziari.

OSSERVATORIO DI DIRITTO PENALE SOSTANZIALE

Substantive criminal law observatory n. 1/2025

Gaia Gandolfi – Andrea De Lia¹

Abstract [ITA]: questo numero contiene un massimario delle più importanti sentenze della Cassazione e della Corte costituzionale depositate nel primo trimestre 2025, nonché il riferimento ad alcune novità normative in materia di diritto penale sostanziale intervenute nel medesimo periodo. L'Osservatorio riporta anche una nota alla sentenza della Corte di cassazione sulla fattispecie di cui all'art. 314-bis c.p. e sugli effetti dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio.

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 2025, as well as references to some regulatory innovations in the field of substantive criminal law. The Observatory also reports a note to the Supreme Court judgment on the case of article 314-bis of the Criminal Code and the effects of the repeal of abuse of office.

Parole chiave: diritto penale sostanziale – evoluzioni giurisprudenziali – novità normative

Key words: substantive criminal law – jurisprudential developments – regulatory innovatio

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il repertorio delle più importanti pronunce della suprema Corte di cassazione relative al primo trimestre 2025. – 3. La Cassazione alle prese con la nuova fattispecie di indebita destinazione di denaro o cose mobili e con gli effetti dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio. Nota a Cass., Sez. VI, 4 febbraio 2025, n. 4520, Pres. Fidelbo – Rel. D'Arcangelo – P.G. Alemi (parz. diff.), imp. Felicità. – 4. Il repertorio delle sentenze della Corte costituzionale. – 5. Le novità normative.

1. Premesse.

L'Osservatorio contiene una rassegna delle massime relative ad alcune delle più interessanti pronunce della Corte di cassazione intervenute nel primo trimestre del corrente anno.

¹ In questo numero, il repertorio della giurisprudenza della Corte di cassazione e della Consulta, nonché la rassegna delle novità normative sono state curate da Gaia Gandolfi. La nota alla sentenza della Cassazione sulla fattispecie di cui all'art. 314-bis c.p., invece, è stata redatta da Andrea De Lia.



Tra di esse si segnala la pronuncia con cui la Cassazione ha esaminato il delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili, nonché gli effetti dell'abrogazione del reato di abuso d'ufficio.

Segue un repertorio delle massime delle sentenze pronunciate dalla Consulta, nonché una rassegna delle novità normative.

2. Il repertorio delle più importanti pronunce della suprema Corte di cassazione relative al primo trimestre 2025.

1) Cass., Sez. IV, 2 gennaio 2025, ud. 28 novembre 2024, n. 20

Lottizzazione abusiva – confisca – morte del reo – posizione degli eredi

La confisca dei terreni oggetto di lottizzazione abusiva può essere disposta anche laddove si pervenga ad una sentenza di non doversi procedere per morte del reo, qualora, però, il reato sia stato accertato in tutti i suoi elementi, ivi incluso l'elemento subiettivo. In simili ipotesi, esclusa la possibilità di impugnazione della sentenza da parte dell'erede dell'imputato deceduto, in quanto soggetto estraneo al giudizio in cui è stata disposta la confisca, questi può agire in sede di esecuzione nel caso in cui il provvedimento ablativo sia stato disposto dopo la morte del dante causa/imputato.

2) Cass., Sez. II, 2 gennaio 2025, ud. 27 novembre 2024, n. 47

Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte – bancarotta fraudolenta per distrazione – concorso

Le disposizioni di cui all'art. 11 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e all'art. 216 r.d. 16 marzo 1942, n. 267 non regolano la stessa materia, atteso che la prima è preposta a sanzionare condotte che pregiudicano l'interesse dell'Erario al buon esito della riscossione coattiva, mentre la seconda è volta a reprimere comportamenti che frustrano l'interesse del ceto creditorio al soddisfacimento dei propri diritti. A ciò si aggiunga, peraltro, da un alto, la diversità strutturale delle due fattispecie astratte, trattandosi, nell'ipotesi di cui all'art. 11 d.lgs. n. 74/2000, di reato di pericolo, mentre la bancarotta fraudolenta per distrazione è reato di danno, e dall'altro il diverso elemento subiettivo che connota le due fattispecie, ovverosia dolo specifico nell'un caso (reato fiscale) e dolo generico nell'altro (reato fallimentare). Da ciò deriva, allora, che tra le ipotesi criminose in disamina non sussiste un concorso apparente di norme, bensì la diversa ipotesi del concorso formale di reati ovvero della continuazione tra distinti illeciti di cui all'art. 81 c.p.

3) Cass., Sez. II, 7 gennaio 2025, ud. 23 ottobre 2024, n. 483

Rapina impropria

Nel delitto di rapina impropria, la violenza o la minaccia possono essere perpetrate anche in un luogo diverso da quello della sottrazione della *res* e financo in danno di un soggetto diverso dal derubato; per la configurazione del reato, dunque, non è necessaria la contestualità temporale tra la sottrazione e l'uso della violenza o della minaccia, essendo, infatti, sufficiente che tra le due diverse attività intercorra un arco temporale tale da non interrompere l'unitarietà

dell'azione finalizzata a precludere alla persona offesa di riappropriarsi del bene sottratto, ovvero ad assicurare al soggetto agente l'impunità.

4) Cass., Sez. V, 8 gennaio 2025, ud. 22 novembre 2024, n. 641

Misure di prevenzione patrimoniali – illecita accumulazione di ricchezze – presunzione

In tema di sequestro e confisca di prevenzione, la presunzione relativa di illegittima accumulazione di ricchezze opera anche nelle ipotesi in cui l'acquisto del bene oggetto di misura ablativa sia avvenuto ricorrendo al credito bancario, nella misura in cui, dovendo detto finanziamento essere rimborsato ed avendo lo stesso un costo, è relativamente a tale onere finanziario che deve essere valutata l'eventuale incapienza di risorse lecite da parte del soggetto interessato e del suo nucleo familiare.

5) Cass., Sez. III, 10 gennaio 2025, ud. 18 dicembre 2024, n. 985

Attività di gestione di rifiuti non autorizzata – nozione di rifiuto – rottami metallici

La nozione di "rifiuto" si estende a quelle sostanze ovvero a quegli oggetti non più idonei a soddisfare i bisogni cui essi erano originariamente destinati, indipendentemente da ogni valutazione soggettiva sulla natura dei materiali operata dal detentore di essi. Per quanto, in particolare, attiene ai rottami metallici di ferro, al fine di verificare se essi possano o meno essere qualificati come rifiuti è necessario richiamare il Regolamento del Consiglio dell'Unione europea del 31 marzo 2011, n. 333, il quale esplicita le caratteristiche che devono possedere i materiali ottenuti dalle operazioni di recupero dai rottami metallici per essere sottratti alla disciplina dei rifiuti. Segnatamente, ai sensi del Regolamento UE n. 333/2011 i rottami ferrosi cessano di essere considerati rifiuti allorquando, a seguito di un processo di produzione o di utilizzazione, gli stessi vengano riciclati in prodotti siderurgici e divengano prodotti finiti del procedimento di trasformazione cui sono destinati.

6) Cass., Sez. III, 10 gennaio 2025, ud. 18 dicembre 2024, n. 986

Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto – condotte post delictum

Anche a seguito della novella introdotta con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, ai fini dell'operatività della particolare causa di esclusione della punibilità non può essere valorizzata in senso favorevole al ricorrente una condotta *post factum*, finalizzata al ripristino dello *status quo ante*, che sia frutto di un comportamento necessitato in quanto conseguente all'adempimento di prescrizioni prescritte dall'Autorità, e non già manifestazione di un'effettiva resipiscenza e di una spontanea volontà di rimediare alla propria originaria condotta illecita. Ne deriva, allora, che il comportamento "riparatorio" successivo alla realizzazione del reato, laddove normativamente imposto e, quindi, solo anticipatorio di un effetto che conseguirebbe *ex lege*, seppur antecedente alla pronuncia della sentenza non è *ex se* sufficiente all'operatività dell'art. 131-bis c.p.

7) Cass., Sez. IV, 10 gennaio 2025, ud. 9 ottobre 2024, n. 993

Omicidio colposo – responsabilità medica – evento prevedibile



In tema di responsabilità medica, il giudizio di prevedibilità si sostanzia nel giudizio circa la possibilità di previsione di eventi che hanno in comune, con il risultato concreto verificatosi, determinate caratteristiche. In tale prospettiva, dunque, occorre verificare se l'evento effettivamente realizzatosi rappresenti la concretizzazione del pericolo in relazione al quale la condotta del soggetto agente è stata qualificata in termini di negligenza. La prevedibilità dell'evento, tuttavia, non può concernere la rappresentazione del fatto specifico in tutte le sue articolazioni, bensì la classe di eventi nell'alveo dei quali si colloca quello oggetto di indagine (nel caso di specie la Corte, pur annullando senza rinvio, ai soli fini penali, la sentenza impugnata per intervenuta prescrizione del reato contestato, ha ritenuto immune da censure la sentenza resa dalla Corte d'appello con la quale il Giudice del gravame, confermando la sentenza di condanna di primo grado, aveva affermato la penale responsabilità di un sanitario per il decesso di una propria paziente. Condividendo le conclusioni rassegnate dai giudici del merito, la Corte ha, infatti, rilevato che laddove, nella vicenda al vaglio, fosse stato anticipato il ricovero della paziente, in modo da consentirne il monitoraggio in ambiente protetto, sarebbe stato certamente evitato il decesso della stessa, attesa la possibilità di eseguire un intervento salvifico in tempi molto brevi; il tutto, anche in considerazione del fatto che il repentino aggravamento della donna era una prevedibile evoluzione della patologia dalla quale essa era affetta, di cui da tempo emergevano segnali inequivoci).

8) Cass., Sez. III, 10 gennaio 2025, ud. 2 ottobre 2024, n. 1030

Violazioni in materia di tutela e sicurezza nei luoghi di lavoro

In tema di sicurezza sui luoghi di lavoro, la realizzazione di lavori edili rientra nell'ambito di attività che necessitano della predisposizione di un'adeguata protezione del capo del lavoratore, attraverso la predisposizione di dispositivi quali il casco, indipendentemente dal fatto che le opere si svolgano in ambiente chiuso ovvero a "cielo aperto"; ciò in quanto il rischio che si tende a scongiurare non è solo quello connesso alla caduta materiale dall'alto, ma anche quello riferito a qualunque tipo di incidente che la realizzazione di tali lavori, *ex se* fonte di pericoli, può determinare in danno di una parte particolarmente vulnerabile del corpo umano.

9) Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2025, ud. 14 novembre 2024, n. 1268

Maltrattamenti contro familiari o conviventi – "violenza economica"

In tema di maltrattamenti in famiglia, le condotte del soggetto finalizzate a contrastare la coniuge nella ricerca di un'attività lavorativa, ad imporre alla stessa un ruolo casalingo in ragione di una discriminatoria ripartizione di ruoli, delegandole, quindi, tutte le incombenze connesse alla gestione domestica e familiare, in modo tale da costringerla ad abbandonare le proprie ambizioni professionali, possono integrare forme di "violenza economica" sussumibili nell'alveo dell'art. 572 c.p., laddove detti comportamenti siano idonei a provocare nella *partner* uno stato di soggezione psico-fisica e le scelte economiche ed organizzative del nucleo familiare siano il risultato di atti di violenza o prevaricazione psichica.

10) Cass., Sez. II, 15 gennaio 2025, ud. 17 dicembre 2024, n. 1797

Estorsione



Integra il reato di estorsione e non già quello di truffa la minaccia di attivare azioni giudiziarie al fine di ottenere somme di denaro non dovute o, comunque, manifestamente sproporzionate rispetto a quelle dovute, laddove il soggetto agente ne abbia consapevolezza; in tali ipotesi, infatti, il “male ingiusto” che caratterizza il delitto di cui all’art. 629 c.p. è rappresentato dalla pretestuosità della richiesta (nel caso di specie l’imputato, in sede di merito, era stato condannato per truffa aggravata poiché, simulando un sinistro stradale, aveva richiesto alla persona offesa il pagamento di una somma di denaro a titolo risarcitorio, minacciando la stessa di denunciarla per lesioni al braccio, in realtà inesistenti, se si fosse rifiutata di provvedere. La suprema Corte, accogliendo il ricorso spiegato dal Procuratore generale presso la Corte d’appello, ha riqualificato il fatto nell’alveo degli artt. 629, 61, comma 1, n. 5 c.p., annullando, quindi, la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello per la rideterminazione del trattamento sanzionatorio).

11) Cass., Sez. V, 16 gennaio 2025, ud. 16 ottobre 2024, n. 1923

Reati fallimentari

Al fine di individuare la qualificazione giuridica da attribuire alle restituzioni dei finanziamenti erogati dai soci in favore della società fallita, occorre avere riguardo non solo alla natura del versamento effettuato dal socio (versamenti in conto capitale, in conto futuro aumento di capitale oppure finanziamenti a titolo di mutuo), ma, soprattutto, alla situazione finanziaria in cui versava la società al momento dell’erogazione da parte del socio. In tale prospettiva, allora, assume natura distrattiva (sicché la fattispecie criminosa che ne deriva è la bancarotta fraudolenta) la restituzione ai soci di somme di denaro da loro versate quando la società si trovava in un periodo di grave squilibrio finanziario, assumendo tale immissione di denaro, in simili ipotesi, la sostanziale natura di conferimento. In assenza di tale requisito, invece, il finanziamento del socio avente carattere di mutuo *ex art. 1813 c.c.* comporta il diritto alla restituzione nei termini convenuti; sicché, il rimborso avvenuto prima della liquidazione e in violazione della *par condicio creditorum*, può integrare la meno grave fattispecie di bancarotta preferenziale, volta a sanzionare anche prelievi o rimborsi effettuati in un momento di difficoltà della società.

12) Cass., Sez. II, 22 gennaio 2025, ud. 19 dicembre 2024, n. 2634

Truffa – danno patrimoniale

In tema di truffa, il danno patrimoniale può sostanziarsi anche nel mancato acquisto di un’utilità economica che il *deceptus* si prefigga di conseguire in ragione delle mendaci prospettazioni del soggetto agente, dal quale sia stato tratto in errore. Il predetto danno, quindi, può configurarsi anche nelle ipotesi in cui la concreta aspettativa della persona offesa abbia dato luogo al sorgere di un interesse munito di tutela giuridica, avente contenuto patrimoniale. Nel delitto in disamina, peraltro, il danno può derivare non solo dalla condotta commissiva della persona offesa (indotta, in ragione dell’errore ingenerato dagli artifici o raggiri perpetrati, a compiere un atto di disposizione patrimoniale in favore di altri), ma anche dalla condotta omissiva del *deceptus*, il quale, per effetto dell’errore in cui è incorso, non ponga

in essere il comportamento inteso a fargli conseguire un'utilità economica, alla quale egli ha diritto.

13) Cass., Sez. II, 23 gennaio 2025, ud. 15 gennaio 2025, n. 2818

Truffa on-line – circostanza aggravante della minorata difesa

In tema di truffa *on line*, lo svolgimento delle trattative con modalità telematiche e telefoniche non integra *ex se* la circostanza aggravante della minorata difesa (art. 61 n. 5 in combinato disposto con l'art. 640, comma 2, n. 2-bis, c.p.), essendo necessaria, ai fini della contestazione di essa, la prova del concreto e consapevole approfittamento, da parte del soggetto agente, delle opportunità decettive offerte dalla rete. Tale soluzione appare, peraltro, confermata dall'inserimento, all'art. 640, comma 2, c.p., del n. 2-ter, atteso che detta disposizione, prevedendo espressamente la realizzazione del reato «a distanza, attraverso strumenti informatici o telematici idonei a ostacolare la propria o altrui identificazione», circoscrive il perimetro della aggravante in disamina, escludendo implicitamente, infatti, che qualora tra il *deceptor* ed il *deceptus* intervengano contatti telefonici, ovvero vi sia trasparenza di informazioni (attraverso, quindi, l'indicazione dei propri dati identificativi), possa configurarsi la minorata difesa.

14) Cass., Sez. V, 27 gennaio 2025, ud. 30 ottobre 2024, n. 3025

Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico

Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 615-ter c.p. è irrilevante che le credenziali di accesso al sistema protetto siano state fornite al soggetto agente, in epoca antecedente alla realizzazione del reato, dal titolare delle medesime credenziali, ogniqualvolta la condotta contestata abbia condotto ad un risultato contrastante con la volontà della persona offesa ed esorbitante l'eventuale ambito autorizzatorio (nel caso al vaglio, la Cassazione ha rigettato il ricorso spiegato dall'interessato avverso la pronuncia resa dalla Corte d'appello, con la quale era stata confermata la condanna del ricorrente per la fattispecie di cui all'art. 615-ter c.p., per avere lo stesso, *ex coniuge* della persona offesa, preso visione ed estratto la corrispondenza telematica intercorsa tra quest'ultima ed un terzo al fine di depositarne copia in un giudizio civile pendente *inter partes*. La suprema Corte, nell'esprimere il principio di cui alla massima, ha, quindi, ritenuto destituita di fondamento la tesi difensiva, secondo la quale a difettare nel caso di specie sarebbe stato l'elemento oggettivo del reato, atteso che l'apparecchio telefonico era stato lasciato dalla *ex coniuge* con la schermata aperta del messaggio, senza la protezione di un *pin*, e la corrispondenza era liberamente leggibile da chiunque).

15) Cass., Sez. VI, 27 gennaio 2025, ud. 14 gennaio 2025, n. 3347

Turbata libertà degli incanti

Il delitto di cui all'art. 353 c.p. è un reato di pericolo che risulta integrato non solo in caso di danno effettivo, ma anche qualora il nocumento sia mediato e potenziale, non essendo necessario l'effettivo conseguimento del risultato perseguito dal soggetto agente, quanto piuttosto la mera idoneità degli atti posti in essere ad influenzare ed alterare l'andamento della

gara. La condotta illecita può sostanziarsi, inoltre, in qualsiasi attività ingannevole idonea a falsare il regolare funzionamento della gara, anche attraverso anomalie procedurali, quali, ad esempio, il ricorso a “prestanomi”, oppure fornire informazioni scorrette ai partecipanti, pregiudicando, così, la libera concorrenza, che presuppone la possibilità per tutti i soggetti interessati di determinarsi sulla base di un corretto quadro informativo.

16) Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2025, ud. 14 gennaio 2025, n. 3712

Peculato

Integra il reato di peculato la condotta del soggetto qualificato, autorizzato dall'Amministrazione alla riscossione di denaro, che si appropri delle somme ricevute nell'adempimento della funzione pubblica, nella misura in cui con la consegna all'incaricato all'esazione le predette somme entrano nella disponibilità della PA, a nulla rilevando la sussistenza di una fideiussione a garanzia del versamento degli importi riscossi all'ente pubblico. L'operatività della polizza fideiussoria, che è accessoria al rapporto principale, interviene, infatti, solo successivamente all'inadempimento, da parte del soggetto qualificato, dell'obbligo di versare quanto ricevuto e, quindi, dopo la realizzazione del delitto in disamina.

17) Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2025, ud. 4 dicembre 2024, n. 3755

Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio – concorso dell'extraneus

Affinché possa configurarsi la penale responsabilità, ex artt. 110, 326 c.p., del soggetto che abbia ricevuto, dal propalatore qualificato, la notizia riservata, è necessario che l'*extraneus* non si sia limitato a ricevere passivamente l'informazione, ma abbia, con la propria condotta, collaborato al disvelamento illecito, istigando, inducendo o comunque supportando l'*intraneus* nella realizzazione della relativa condotta materiale. Il delitto in disamina è, peraltro, configurabile anche nelle ipotesi in cui il soggetto qualificato, che abbia appreso una notizia riservata non per ragioni dell'ufficio o del servizio, a sua volta la diffonda a terzi, laddove detta notizia avesse dovuto rimanere segreta e il soggetto agente, per le funzioni esercitate, avesse avuto l'obbligo di impedirne l'ulteriore divulgazione.

18) Cass. Sez. V, 30 gennaio 2025, ud. 13 novembre 2024, n. 3875

Atti persecutori

Il delitto di *stalking* ben può essere integrato da un corteggiamento pressante, laddove questo si sostanzi in *avances*, di tenore anche non minatorio, che per la loro reiterazione, frequenza, durata nel tempo, o anche per il loro contenuto (come, ad esempio, il ricorso ad espliciti riferimenti sessuali), appaiano, però, moleste ed idonee ad ingenerare nel destinatario un perdurante stato di ansia, ovvero conducano lo stesso a modificare delle sue abitudini di vita.

19) Cass., Sez. II, 3 febbraio 2025, ud. 15 gennaio 2025, n. 4346

Ricettazione – prescrizione – dies a quo

In tema di ricettazione, qualora non vi sia prova certa della data di acquisizione della *res* da parte dell'imputato, il momento consumativo del delitto deve essere individuato, in



applicazione del principio del *favor rei*, in prossimità della data di commissione del reato presupposto; in tali casi, allora, il termine di decorrenza della prescrizione va computato secondo il maggior vantaggio per l'interessato e il reato deve, pertanto, ritenersi consumato alla data più risalente. Avendo, infatti, il delitto di ricettazione natura istantanea e perfezionandosi allorché il soggetto agente riceve i beni di illecita provenienza, non ha rilevanza alcuna il momento in cui essi vengano rinvenute in suo possesso o quello in cui ne sia accertata la detenzione.

20) Cass., Sez. IV, 4 febbraio 2025, ud. 9 ottobre 2024, n. 4409

Infortuni sul lavoro – committente privato e committente professionale

In tema di violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro, la posizione di garanzia assunta dal committente "privato", in caso di appalti di natura "domestica", risulta più circoscritta rispetto a quella che grava in capo al committente "professionale". Il primo, infatti, non è tenuto a conoscere, diversamente dal secondo, le singole disposizioni tecniche previste dalla normativa antinfortunistica, atteso che una diversa soluzione implicherebbe una formazione del cittadino comune non prevista nell'ordinamento. La responsabilità penale del committente privato – il quale deve, comunque, accertarsi che il soggetto al quale intenderebbe affidare l'incarico sia munito non solo dei titoli abilitativi prescritti dalla legge, ma anche di capacità tecniche e professionali che siano proporzionate all'attività commissionata ed alle modalità di espletamento della stessa – potrebbe profilarsi laddove questi si fosse ingerito nell'organizzazione o nell'esecuzione del lavoro, ovvero avesse avuto agevole ed immediata percezione della situazione di pericolo.

21) Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2025, ud. 15 gennaio 2025, n. 4936

Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 387-bis c.p., l'obbligo di evitare qualsivoglia contatto con la persona offesa, nonché quello di mantenere da essa una distanza minima (art. 282-ter c.p.p.), trovano applicazione anche nelle ipotesi in cui non l'iniziativa dell'incontro con la vittima non sia riconducibile ad un'azione volontaria del soggetto agente; ciò nella misura in cui con la predetta misura cautelare, finalizzata a tutelare la persona offesa, si è inteso creare un vero e proprio sistema di protezione rispetto a condotte aggressive da parte dell'indagato, operando, quindi, un congruo bilanciamento tra le libertà di movimento del soggetto agente e la esigenza di tutelare l'incolumità fisica e psicologica della vittima.

22) Cass., Sez. II, 12 febbraio 2025, ud. 16 gennaio 2025, n. 5719

Concorso di persone nel reato – confisca

Nelle ipotesi di concorso di persone nel reato, non sussistendo tra i correi forme di solidarietà passiva, la misura ablativa può essere disposta nei confronti del singolo concorrente limitatamente alla quota di profitto individuale dallo stesso conseguito; solo qualora non fosse possibile individuare la quota di arricchimento del singolo correo, opererebbe, allora, il criterio della ripartizione in parti uguali.



23) Cass., Sez. III, 13 febbraio 2025, ud. 22 gennaio 2025, n. 5842

Stupefacenti – fattispecie di lieve entità – elemento specializzante della «non occasionalità» della condotta

Il requisito della «non occasionalità della condotta» – introdotto al comma 5 dell’art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 dal d.l. 15 settembre 2023, n. 123, convertito con modificazioni dalla l. 13 novembre 2023, n. 159 – costituisce ipotesi circostanziale della fattispecie base prevista dal primo periodo della medesima disposizione, attesa non solo la collocazione della previsione all’interno del medesimo comma, ma altresì il rinvio, in punto di condotta punita, alla fattispecie prevista dal primo periodo del medesimo comma 5, differenziandosi, rispetto ad essa, per l’elemento specializzante rappresentato, per l’appunto, dalla «non occasionalità» del comportamento contestato. Tale elemento specializzante deve, allora, ritenersi integrato allorquando il soggetto agente, al momento del fatto, abbia già riportato almeno un precedente specifico. In tale prospettiva, dunque, nelle ipotesi in cui all’interessato sia stata espressamente contestata la recidiva specifica infraquinquennale, appare irrilevante che nell’imputazione non vi sia un esplicito riferimento all’art. 73, comma 5, secondo periodo, d.P.R. n. 309/1990, dovendosi ritenere contestata di fatto, in tali casi, la non occasionalità della condotta.

24) Cass., Sez. IV, 26 febbraio 2025, ud. 18 febbraio 2025, n. 7765

Rito abbreviato – diminuyente – natura sostanziale

La riduzione di pena prevista per il rito abbreviato ha natura processuale, trattandosi di un trattamento premiale correlato ad una scelta processuale dell’imputato volta a contrarre i tempi del processo; detta scelta, tuttavia, presenta indubbiamente riflessi sostanziali, implicando un trattamento penale di favore, con la conseguente applicazione retroattiva, quindi, delle eventuali modifiche migliorative per l’imputato.

25) Cass., Sez. V, 26 febbraio 2025, ud. 14 febbraio 2025, n. 7993

Estinzione del reato per condotte riparatorie

Ai fini della declaratoria di estinzione del reato ai sensi dell’art. 162-ter c.p., è necessario che l’imputato abbia dimostrato di aver provveduto all’integrale soddisfacimento della pretesa restitutiva e risarcitoria della persona offesa, mediante una condotta finalizzata ad incrementare la sfera economica e giuridica di quest’ultima, non potendo l’istituto operare nel caso di sola restituzione del bene sottratto.

26) Cass., Sez. II, 3 marzo 2025, ud. 13 febbraio 2025, n. 8616

Reati edilizi ed urbanistici – prescrizione

In tema di reati edilizi, la declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione pronunciata dal giudice dell’appello comporta la dichiarazione di revoca dell’ordine di demolizione, disposto con la sentenza di primo grado, nella misura in cui, ai sensi dell’art. 31, comma 9, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, tale statuizione segue alle sole pronunce di condanna per la fattispecie di cui all’art. 44 del medesimo d.P.R. n. 380/2001. Del pari, anche l’ordine di *reductio in pristinum* dello stato dei luoghi, di cui all’art. 181 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, in

caso di declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione dello stesso, deve essere revocato dal giudice dell'impugnazione, fermo, però, l'autonomo potere/dovere dell'autorità amministrativa.

27) Cass., Sez. VI, 11 marzo 2025, ud. 3 dicembre 2024, n. 9906

Rifiuto d'atti d'ufficio – inadeguata organizzazione dell'ufficio – natura dolosa dell'omissione --
Valanga di Rigopiano. - posizione di garanzia nelle organizzazione complesse

Il delitto di cui all'art. 328 c.p. risulta integrato anche nelle ipotesi in cui l'omissione consapevole e volontaria dell'atto doveroso sia riconducibile all'impossibilità pratica di compiere tale atto, in conseguenza dell'inadeguata organizzazione dell'ufficio di cui è responsabile il soggetto agente, ascrivibile alla negligenza di quest'ultimo. Ciò che, infatti, rileva ai fini della configurabilità del reato e del relativo elemento subiettivo non sono i motivi che hanno indotto il soggetto qualificato a non adottare l'atto doveroso, bensì la circostanza che, essendo egli tenuto ad adottarlo e non essendovi impossibilitato per caso fortuito, forza maggiore o per la ricorrenza di situazioni scriminanti, abbia consapevolmente e volontariamente deciso di ometterlo.

28) Cass., Sez. III, 12 marzo 2025, ud. 5 marzo 2025, n. 9920

Acquisizione dell'immobile abusivo al patrimonio del Comune – ordine di demolizione

In caso di acquisizione al patrimonio dell'Ente locale dell'immobile abusivo, è preclusa al responsabile dell'illecito l'impugnazione del provvedimento di demolizione del fabbricato, essendo il bene divenuto di proprietà dello stesso Ente. Laddove, infatti, l'Ente locale, a seguito dell'acquisizione, non abbia deliberato il mantenimento del manufatto, ravvisando l'esistenza di prevalenti interessi pubblici, il condannato può impugnare l'ordine di demolizione esclusivamente per provvedere spontaneamente all'esecuzione del provvedimento, essendo privo di interesse a formulare richieste diverse, atteso che l'epilogo obbligato del procedimento amministrativo sanzionatorio è la demolizione della costruzione a spese del responsabile dell'abuso (Negli stessi termini e nel medesimo periodo cfr. Cass., Sez. IV, 20 marzo 2025, ud. 5 febbraio 2025, n. 11170, con la quale la Corte ha, altresì, affermato che decorsi novanta giorni dall'ingiunzione a demolire di cui all'art. 31 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 l'opera abusiva viene acquisita, in via automatica, al patrimonio comunale, con conseguente illegittimità del permesso di costruire rilasciato in sanatoria al responsabile dell'abuso, non essendo più egli più titolare di un diritto soggettivo sul bene immobile abusivo).

29) Cass., Sez. II, 19 marzo 2025, ud. 12 dicembre 2024, n. 10982

Estorsione "ambientale"

Si qualifica come estorsione "ambientale" quella forma di estorsione perpetrata da soggetti notoriamente inseriti in gruppi criminali affermati in un determinato territorio, percepita dagli abitanti di quella zona come concreta e di sicura attuazione, in ragione della forza criminale del sodalizio di appartenenza del soggetto agente, anche laddove la condotta estorsiva sia attuata con linguaggio e gesti criptici, purché, però, questi siano idonei ad incutere timore e a coartare la volontà della vittima. In tali casi, infatti, l'aggravante del metodo mafioso è



configurabile anche qualora il messaggio intimidatorio, sebbene privo di un'esplicita richiesta, provenga da un soggetto inserito in una consorteria avente una forza intimidatrice tale da rendere superfluo l'avvertimento mafioso, anche solo implicito, ovvero il ricorso a comportamenti violenti o minacciosi.

30) Cass., Sez. V, 20 marzo 2025, ud. 30 gennaio 2025), n. 11217

Bancarotta fraudolenta per distrazione – concorso di persone

In materia di concorso in bancarotta fraudolenta per distrazione, il dolo dell'*extraneus* nel reato proprio dell'amministratore è rappresentato dalla consapevole e volontaria condotta di apporto a quella dell'*intraneus*, con la contezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni della massa dei creditori, non essendo, invece, necessaria la specifica conoscenza del dissesto della società.

3. La Cassazione alle prese con la nuova fattispecie di indebita destinazione di denaro o cose mobili e con gli effetti dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio. Nota a Cass., Sez. VI, 4 febbraio 2025, n. 4520, Pres. Fidelbo – Rel. D'Arcangelo – P.G. Alemi (parz. diff.), imp. Felicità.

La massima: Le condotte di distrazione di denaro e della cosa mobile compiute dal soggetto qualificato, finalizzate a soddisfare un interesse estraneo a quello dell'amministrazione di appartenenza, continuano ad essere qualificabili in termini di peculato e punibili in base all'art. 314 c.p. A seguito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, di cui all'art. 323 c.p., le condotte di distrazione del denaro o della cosa mobile, che risultino in violazione di norme di legge o di atti aventi forza di legge, dai quali non residuino margini di discrezionalità, finalizzate a soddisfare l'interesse della Pubblica Amministrazione, sono inquadrabili nel nuovo art. 314-bis c.p.

La vicenda giudiziaria: secondo l'accusa, l'imputato, allorquando rivestiva la qualifica di presidente della Federazione Italiana Pentathlon Moderno, avrebbe commesso una vasta serie di illeciti. In particolare, avrebbe ottenuto il pagamento di compensi, per oltre 70.000 euro, da un imprenditore, sotto forma di un simulato rapporto di consulenza, a fronte dell'affidamento in appalto di alcuni servizi a società riconducibili allo stesso imprenditore. Talché, la contestazione della corruzione. Inoltre, erano stati contestati all'imputato fatti di peculato, poiché egli si sarebbe fatto rimborsare dalla Federazione delle spese in realtà non sostenute per motivi di servizio; avrebbe fatto sborsare un canone di locazione per un immobile, di proprietà dell'imputato, alla Federazione, concedendolo, però, in uso alla propria figlia; avrebbe messo a disposizione della propria moglie un'utenza mobile con costi interamente a carico dell'Ente. A seguito della pronuncia di condanna in primo grado del Tribunale di Roma e la parziale riforma disposta dalla Corte territoriale investita dell'appello, la difesa dell'imputato, dunque, era insorta mediante ricorso per cassazione, articolato su diversi motivi. Per quel che qui più interessa, si può notare che l'imputato si era lamentato della violazione di legge e del vizio di motivazione in relazione alle contestazioni aventi ad oggetto

i fatti di peculato, deducendo che difettesse il requisito della disponibilità dei fondi oggetto di distrazione, perché amministrati da un organo collegiale, ossia il Consiglio Federale. Per di più, si era eccepita la scorretta qualificazione del fatto consistente nell'utilizzo indebito dell'utenza telefonica, che avrebbe dovuto essere ricondotto nell'alveo del peculato d'uso, di cui al comma 2 dell'art. 314 c.p. Incardinato il procedimento in cassazione, la difesa dell'imputato aveva proposto, altresì, un motivo aggiunto col quale, prendendosi atto dell'introduzione, per opera del d.l. 4 luglio 2024, n. 92, conv. l. 8 agosto 2024, n. 112, dell'art. 314-bis c.p.², si era dedotto che le condotte aventi ad oggetto gli indebiti rimborsi spese e il pagamento del canone dell'immobile locato dalla Federazione sarebbero state sottratte dal raggio di operatività dell'art. 314 c.p., in ragione del fatto che la disciplina della distrazione sarebbe stata "trasferita" *tout court* dalla neonata figura incriminatrice. Quest'ultima, a sua volta, non avrebbe potuto essere contestata all'imputato, per via dell'impossibilità di rinvenire una legge o un atto avente forza di legge di riferimento. Talché, in conclusione, si era invocata, a fronte dell'*abolitio criminis* parziale, la pronuncia di una sentenza assolutoria.

I principi di diritto espressi nella pronuncia: nel rendere la motivazione, la Corte ha rimarcato come la Federazione Italiana di Pentathlon Moderno sia un'associazione senza fini di lucro, con personalità di diritto privato che svolge, però, attività di rilievo pubblicistico. In particolare, il crisma pubblicistico – secondo la Corte – si apprezzerrebbe nei contesti in cui la Federazione svolgesse attività in connessione con il Comitato Olimpico Nazionale (C.O.N.I.). Sicché, per la Cassazione, non avrebbe dovuto essere tenuta in considerazione tanto la natura dei fondi gestiti – nel caso di specie provenienti dal C.O.N.I. – bensì l'inserimento dell'illecito nell'attività dell'individuo connotata da rilievo pubblicistico, secondo il criterio c.d. "oggettivo-funzionale". Talché, l'irrilevanza rispetto alla figura di peculato (e la riconducibilità alla figura dell'appropriazione indebita, illecito oramai prescritto) dei rimborsi indebiti, perché intervenuti in relazione ad un rapporto privatistico intercorrente tra le Federazione e l'imputato, estranei allo svolgimento in concreto di funzioni di natura pubblicistiche e regolato da norme di diritto privato. Quanto alle ulteriori contestazioni relative ai fatti di peculato, la Corte ha rilevato, con un veloce passaggio, come nelle fasi di merito fosse pienamente emersa la "disponibilità" in capo al ricorrente delle somme oggetto di indebito utilizzo e, per il resto, si è ritenuto infondato il motivo aggiunto proposto. Dopo aver ripercorso brevemente le vicende sottese all'introduzione della nuova figura, in stretta connessione con la l. 9 agosto 2024, n. 114, con cui si è abrogato il reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., nonché con gli obblighi di criminalizzazione di condotte appropriative

2 Che, sotto la rubrica "indebita destinazione di denaro o cose mobili", stabilisce: «Fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è della reclusione da sei mesi a quattro anni quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto sono superiori ad euro 100.000».



commesse dal pubblico agente imposti dalla c.d. “Direttiva PIF” (art. 3, par. 3, Direttiva 2015/1371 del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale), la Cassazione ha rilevato che l’art. 314 c.p., a tutt’oggi, sarebbe destinato ad attrarre la c.d. “distrazione appropriativa”, ovvero la condotta di destinazione indebita della *res* finalizzata al perseguimento, da parte del soggetto qualificato, di uno scopo estraneo a quello della Pubblica Amministrazione di appartenenza. Tale conclusione, ad avviso della Corte, sarebbe supportata dalla clausola di riserva compendiata nell’*incipit* del neonato art. 314-bis c.p. che, per l’appunto, stabilisce che la disposizione di nuovo conio si applica “fuori dai casi previsti dall’art. 314”. Sicché, il contenuto precettivo della figura recentemente introdotta sarebbe ricavabile “in negativo”, con riferimento a condotte “non appropriative”, quali quelle realizzate a vantaggio dell’ente, seppur concorrente con quelle indebite dell’*intraneus* o di un terzo. In altri termini, la condotta distrattiva di cui all’art. 314-bis c.p. si estrinsecerebbe in «un mero mutamento della destinazione di legge del denaro o delle cose mobili pubbliche, pur sempre compatibili con i fini istituzionali» che, secondo la pronuncia in commento, in precedenza sarebbero state sussumibili nell’alveo dell’abuso d’ufficio, rispetto al quale la fattispecie nuova costituirebbe *lex mitior*. In ordine a tale ultima figura, posto il requisito della violazione di legge o dell’atto avente forza di legge e dell’insussistenza di margini di discrezionalità, mutuato dal delitto di cui al previgente art. 323 c.p., sarebbero state oggetto – per la Cassazione – di *abolitio criminis* parziale atti dispositivi relativi a *res* non nel possesso o nella disponibilità dell’*intraneus* (laddove l’abuso d’ufficio faceva riferimento, più genericamente, a condotte compiute “nello svolgimento delle funzioni o del servizio”) o a beni immobili (operando l’art. 314-bis c.p. riferimento espresso al denaro e alla cosa mobile, anche in quest’ultimo caso mutuando una parte della struttura del peculato). Talché, sul punto, il rigetto del ricorso, atteso che la Corte ha ritenuto che i fatti realizzati dall’imputato avrebbero sostanziato, per l’appunto, distrazione appropriativa.

La giurisprudenza in materia: è ben noto che la giurisprudenza interpreti, in realtà, gli elementi costitutivi “per ragione dell’ufficio o del servizio” nonché del “possesso o disponibilità” in modo ampio, tanto da escludere dall’alveo della disciplina del peculato soltanto ipotesi in cui la *res* sia giunta in modo fortuito nella “sfera” del soggetto qualificato (vd., *ex multis*, Cass. Sez. VI, 27 gennaio 2023, n. 11741. Vd., altresì, Cass., Sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 13849, sulla rilevanza della mera “disponibilità di fatto”, ovvero sia in difetto di una effettiva competenza funzionale), ritenendo, per converso, rilevanti ai fini dell’integrazione della figura incriminatrice di riferimento anche ipotesi in cui l’atto dispositivo sia di competenza di organi collegiali e in quelle ove l’*intraneus*, sfruttando la propria posizione, abbia esercitato un’influenza sul compimento dell’atto stesso da parte di altri soggetti/organi pubblici (cfr. Cass., Sez. VI, 17 maggio 2018, n. 29263). Per altro verso, occorre rilevare che la giurisprudenza riconduce nell’alveo del peculato d’uso, di cui al comma 2 dell’art. 314 c.p., l’indebito utilizzo dell’utenza telefonica, qualora la condotta abbia, comunque, determinato un danno patrimoniale apprezzabile (cfr. Cass., Sez. VI, 9 luglio 2024, n. 39546, nonché Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2012, n. 19054, “Vattani”). Sicché, per il vero, la pronuncia in rassegna,



con un passaggio motivazionale alquanto oscuro, nel qualificare, in quest'ultima prospettiva, il comportamento contestato come peculato, si è disallineata rispetto ad orientamenti costanti della suprema Corte. Sul tema dell'inapplicabilità del peculato (e dell'integrazione del delitto di cui all'art. 646 c.p.) in caso di indebiti rimborsi in favore di organi di federazioni sportive, intervenuti nel contesto di rapporti di natura privatistica, nonché sulla limitata applicabilità del peculato a rimborsi eseguiti in favore dell'individuo in relazione allo svolgimento di specifiche attività delegate dal C.O.N.I., vd. Cass., Sez. VI, 30 aprile 2024, n. 27637. Sulla distrazione, richiamata dall'art. 314 c.p. fino alla modifica del 1990, vd. Cass., Sez. VI, 19 novembre 1968, "Annucci", in *Cass. Pen.*, 1969, 6, 1350, con cui venne giudicato per peculato un sindaco che aveva impiegato per il rifacimento di una strada comunale fondi destinati ad altri scopi pubblici. Si tratta di casi che contribuirono, dunque, ad alimentare l'idea di una riforma, finalizzata ad evitare l'eccessiva ingerenza della magistratura nelle funzioni amministrative nonché a scongiurare soluzioni in potenziale contrasto con il principio di ragionevolezza (rispetto al quale si poneva in tensione l'equiparazione di simili fattispecie a quelle in cui il soggetto qualificato avesse compiuto atti lesivi nell'interesse esclusivo proprio o di terzi). Quanto alla persistente configurabilità del peculato mediante distrazione (c.d. "distrazione appropriativa"), a valle della riforma del '90, vd. Corte cost., 4 dicembre 1991, n. 448, per la quale il legislatore avrebbe eliminato *tout court* la rilevanza penale della distrazione realizzata nell'interesse della P.A., traslando nell'abuso d'ufficio ogni ulteriore ipotesi distrattiva. Nella giurisprudenza della Cassazione vd., tra le tante, Cass., Sez. VI, 17 luglio 2013, n. 1247. Sull'irrilevanza ai fini del peculato della distrazione operata nell'interesse dell'ente, anche se concomitante con quello del soggetto qualificato o di un terzo, vd. Cass., Sez. VI, 9 luglio 2024, n. 39546: «non integra il delitto di peculato la condotta del pubblico agente che usi della cosa per concomitante interesse privato e istituzionale, salvo che non ne derivi un apprezzabile pregiudizio economico o funzionale per l'amministrazione». Ancora, in precedenza, vd. Cass., Sez. VI, 13 aprile 2023, n. 25173: «il peculato per "distrazione" presuppone in ogni caso che la *res* sia destinata a scopi incompatibili con il perseguimento di finalità di interesse pubblico. Infatti, solo l'utilizzo per finalità esclusivamente personali ed estranee a quelle istituzionali determina la "distrazione", mentre il peculato non è ravvisabile nei casi in cui l'interesse privato dell'agente e quello istituzionale dell'ente siano sincroni e sovrapponibili, non risultando in alcun modo contrastanti». In numerose occasioni (vd., ad esempio, Cass., Sez. VI, 16 febbraio 1996, n. 5507; Cass., Sez. VI, 24 settembre 2012, n. 40824) la Cassazione ha ritenuto integrato l'abuso d'ufficio nel caso di distrazione finalizzata al raggiungimento dell'obiettivo del vantaggio della P.A. in concomitanza con quello indebito del soggetto agente o del terzo. Così, la giurisprudenza, di massima ha escluso che la distrazione della *res*, attraverso una condotta finalizzata *esclusivamente* al raggiungimento di un interesse proprio della P.A. potesse costituire abuso d'ufficio (vd. Cass., Sez. III, 24 febbraio 2011, n. 18895).

La dottrina: sul delitto di peculato nel codice Zanardelli³, nonché sulle origini storiche di tale figura, vd. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1926, 64 ss. Attraverso la disamina della casistica, questo Autore ha sottolineato come *illo tempore* la giurisprudenza tendesse ad attrarre nel concetto di distrazione condotte che, seppur finalizzate al raggiungimento di un interesse pubblico, fossero contemporaneamente orientate, attraverso un distoglimento della *res* dalla sua destinazione, al perseguimento da parte del soggetto qualificato di un interesse privato indebito. Sulla fattispecie di peculato nel codice Rocco, nella letteratura meno recente, vd. F. GRISPIGNI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Roma, 1953, 144 ss; S. RICCIO, voce *Peculato e malversazione*, in *Nov. Dig. It.*, vol. XII, Torino, 1965, 737 ss; V. SCORDAMAGLIA, *Il peculato per distrazione*, Napoli, 1966; A. DE MARSICO, *Sull'estremo della distrazione nel peculato*, in *Scuola Positiva*, 1969, 1, 107 ss; M. PETRONE, *Il peculato per distrazione*, Roma, 1970; S. VINCIGUERRA, *Distrazione e peculato*, in AA.VV., *Studi in onore di Biagio Petrocchi*, vol. III, Milano, 1972, 1633 ss; G.M. FLICK, *Il delitto di peculato. Presupposti e struttura*, Milano, 1972; F. PALAZZO, *Il concetto di "distrazione" nel delitto di peculato*, Milano, 1972 e ID., voce *Peculato*, in *Enc. Giur.*, vol. XII, Roma, 1990; P. SEVERINO, *Il criterio distintivo tra distrazione e appropriazione nel peculato*, in *Cass. Pen. Mass.*, 1976, 709 ss. Sulla tradizionale "inafferrabilità" del concetto di distrazione in diritto penale, vd. G. MARINUCCI, voce *Distrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 309 ss. Sulla casistica giurisprudenziale intervenuta fino agli anni '70, vd. R. BETTIOL – C. RENATO CALDERONE (a cura di), *Peculato ed interesse privato in atti di ufficio*, Milano, 1973; per quella formatasi prima della riforma dello statuto penale della P.A., vd. A. BRANCACCIO – G. LATTANZI, *Esposizione di giurisprudenza sul codice penale dal 1976*, vol. III, Milano, 1989, 103 ss, nonché A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in F. Palazzo (a cura di), *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2011, 297 ss e G.J. SICIGNANO, *Il peculato mediante distrazione*, in www.archiviopenale.it, 25 maggio 2023. Rispetto alla questione che più interessa in questa sede, ovverosia sul concetto di distrazione, vd. M. GALLO, *Delitto di peculato e illecito amministrativo*, in *Riv. Pen.*, 1966, 1, 399 ss, il quale sostenne come la distrazione finalizzata al solo raggiungimento di scopi istituzionali fosse sottratta dalla disciplina del peculato, attraverso una soluzione che, per la verità, sembrava corroborata dal contenuto letterale dell'art. 314 c.p., che menzionava il "profitto proprio o di altri" (indicativo, cioè, di soggetti diversi rispetto alla P.A.). In argomento, vd. anche R. PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1966, 76 ss, per il quale neppure avrebbe potuto costituire peculato la distrazione finalizzata al perseguimento di un interesse privato concomitante con quello della P.A. Di converso, la tesi della rilevanza, ai fini dell'integrazione del peculato, della distrazione finalizzata al raggiungimento di uno scopo istituzionale dell'ente di appartenenza del soggetto qualificato, era avvalorata dalla circostanza che con il d.P.R. 22 maggio 1970, n. 283 (art. 5 lett. c) venne, per l'appunto, concessa l'amnistia per queste ipotesi. Per questo rilievo, vd. A. DE LIA, *Riflessioni sul tema della*

3 Il delitto era così disciplinato dall'art. 168 c.p.: «Il pubblico ufficiale, che sottrae o distrae danaro o altra cosa mobile di cui egli abbia, per ragione del suo ufficio, l'amministrazione, l'esazione o la custodia è punito con l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa non inferiore a lire trecento».

configurabilità del peculato mediante distrazione, in *Cass. Pen.*, 2018, 12, 4168 ss. Sulle modifiche operate attraverso la l. 26 aprile 1990, n. 86 all'originaria fattispecie di peculato e, in particolare, sull'eliminazione della fattispecie di distrazione, destinata, nelle intenzioni del legislatore, ad essere attratta nell'art. 323 c.p., vd. A. PAGLIARO, *Il peculato prima e dopo la riforma*, in AA.VV., *Atti del primo congresso nazionale di diritto penale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione dopo la riforma - il nuovo codice di procedura penale ad un anno dall'entrata in vigore*, Napoli, 1991, 57 ss; F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di F. Coppi, Torino, 1993, 13 ss; A.M. MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. Pen.*, 1993, 3, 699 ss; S. TODINI CAGLI, voce *Peculato e malversazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IX, Torino, 1994, 334 ss; F. PALAZZO, *Peculato*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di T. Padovani, Torino, 1996, 3 ss. Più di recente, S. FIORE – G. AMARELLI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino-Milano, 2018, 39 ss. Come risaputo, con la citata l. n. 86/1990, il legislatore intese intervenire sulla malversazione a danno di privati (di cui all'art. 315 c.p.)⁴, che venne "inglobata" nel peculato. Si procedette, inoltre, all'abrogazione dell'art. 324 c.p., rubricato "interesse privato in atti d'ufficio"⁵, nonché alla trasformazione del c.d. "abuso innominato di ufficio"⁶ nell'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.⁷ Sulla persistente rilevanza della "distrazione appropriativa" ai fini dell'integrazione del peculato (secondo una linea accolta, come si è rammentato, anche in giurisprudenza), vd. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Milano, 1997, 289, nonché L. STORTONI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000, 93 e D. GUIDI, *Appropriazione, distrazione e uso nel delitto di peculato*, Milano, 2008, 200 ss. *Contra*, ossia per la tesi della totale devoluzione all'abuso d'ufficio, vd. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 1997, 188. Su questo argomento, vd. anche R. BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 9, 1137 ss. Sugli approcci giurisprudenziali laschi al concetto di "ragioni di ufficio o servizio" vd., *ex plurimis*, D. GUIDI, *Il delitto di peculato*, Milano, 2007, 86 ss; M. PELISSERO, *I delitti di peculato*, in Id. – C.F. Grosso (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, in

4 «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che si appropria o, comunque, distrae, a profitto proprio o di un terzo, *denaro o qualsiasi cosa mobile non appartenente alla pubblica Amministrazione*, di cui egli ha il possesso per ragione del suo ufficio o servizio, è punito con la reclusione da tre a otto anni e con la multa non inferiore a lire duecentomila».

5 «Il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della Pubblica Amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni».

6 Ecco il testo originario dell'art. 323 c.p.: «Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, un qualsiasi fatto *non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge*, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire centomila a due milioni».

7 Si riporta qui di seguito, per comodità di lettura, il testo dell'art. 323 c.p. come introdotto dalla riforma del '90: «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, *al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto*, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».



Trattato di diritto penale diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, vol. VI, Milano, 2015, 92 ss. Sul concetto di “disponibilità mediata”, per cui il soggetto qualificato potrebbe rispondere di peculato anche nel caso in cui l’atto dispositivo sia di competenza di altri organi, su cui comunque possa influire la funzione rivestita o esercitata di fatto dal reo, vd. C. BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, tomo I, *i delitti dei pubblici ufficiali*, in Trattato di diritto penale, parte speciale, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, vol. I, Lavis, 2013, 283 ss. Sul tema della qualificazione dell’utilizzo indebito dell’utenza telefonica in termini di peculato d’uso, con innumerevoli richiami giurisprudenziali (anche al tema dell’offensività), vd. C. LEOTTA, sub art. 314 c.p., in M. Ronco – B. Romano, *Codice penale commentato ONE Legale*. Sull’abuso di ufficio di cui all’art. 323 c.p., vd. S. SEMINARA, *Abuso d’ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di T. Padovani, op. cit., 226 ss, il quale esternò preoccupazione su questa nuova, “inquietante” figura incriminatrice che, per l’effetto dell’assorbimento di condotte prima disciplinate dalle figure di peculato per distrazione, interesse privato in atti di ufficio nonché abuso innominato sembrò idonea ad assumere un ruolo centrale nell’economia dei reati contro la P.A. Sulle criticità di questa disposizione vd., R. RAMPIONI, *L’abuso di ufficio*, in F. Coppi (a cura di), *Studi in memoria di Angelo Raffaele Latagliata*, Torino, 1993, 109 ss; A. D’AVIRRO, *L’abuso d’ufficio*, Milano, 1995; A. MANNA, *Abuso d’ufficio e conflitto d’interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, *passim*; N. PISANI, *Abuso d’ufficio*, in S. Canestrari – L. Cornacchia – G. De Simone (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, 2015, 257 ss; G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”. L’abuso d’ufficio tra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019; S. MASSI, *Parametri formali e “violazione di legge” nell’abuso d’ufficio*, in www.archiviopenale.it, 5 febbraio 2019; A. MERLO, *L’abuso d’ufficio: tra legge e giudice*, Torino, 2019; C. CUPELLI, *L’abuso d’ufficio*, in B. Romano – A. Marandola (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2020, 273 ss; E. MATTEVI, *L’abuso d’ufficio: una questione aperta*, Trento, 2022, nonché M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, 296 ss, il quale ha rilevato il deficit di tipicità della figura coniata nel ‘90 e che l’art. 323 c.p. generasse iniziative giudiziarie arbitrarie, nonché il rischio di paralisi dell’azione amministrativa. In ordine ai rapporti dell’abuso di ufficio col peculato, vd. M. GAMBARDELLA, sub Art. 314, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da G. Lattanzi e E. Lupo, vol. III, *I delitti contro la personalità dello Stato e i delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2022, 247 ss, spec. 363, ove l’Autore aveva precisato che la distrazione configurasse peculato nel caso di insussistenza di qualsivoglia interesse pubblico sottendente all’atto compiuto dal soggetto qualificato, mentre avrebbe integrato abuso d’ufficio nel caso in cui tale elemento concorresse con «indebiti interessi privati». Per la ricostruzione della giurisprudenza sui rapporti tra le figure in disamina, vd. anche M. CATENACCI, *I delitti di peculato*, in Id. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l’amministrazione della giustizia*, in Trattato teorico-pratico di diritto penale diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. V, Torino, 2016, 45 ss, il quale ha sottolineato come la giurisprudenza, “adeguandosi” alla *voluntas legislatoris*, in alcune occasioni avesse qualificato come abuso d’ufficio, anziché in termini di peculato, la distrazione finalizzata a coltivare un interesse pubblicistico unitamente a quello indebito dell’intraneus o del terzo. In argomento, vd. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*.

Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, Milano, 1994, 44 ss, per il quale il peculato non potrebbe sostanziarsi nel caso di distrazione finalizzata a far conseguire un interesse alla P.A. Per la configurabilità dell'abuso d'ufficio nel caso di distrazione orientata al perseguimento di un interesse esclusivo della P.A., vd. S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2008, 342, nonché L. RISICATO, *Peculato. La distrazione come appropriazione?*, in *Giur. It.*, 2019, 12, 2745 ss. *Contra*, G. FORNASARI, in Id. – A. Bondi – A. di Martino, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*. In argomento, vd. anche, volendo, A. DE LIA, *Riflessioni sul tema della configurabilità del peculato mediante distrazione*, op. cit., ove si è esclusa la rilevanza penale, tanto agli effetti del peculato quanto dell'abuso d'ufficio, della distrazione operata in favore della P.A. In effetti, l'abuso d'ufficio, che si innestava sul fine, perseguito dal pubblico agente, dell'ingiusto vantaggio "a sé o ad altri" (tanto da rendere la norma difficilmente compatibile con l'ipotesi della distrazione a fine esclusivo della P.A., così come l'alternativa costituita dalla finalità di "arrecare ad altri un danno ingiusto" mal si atteggiava per ipotesi in cui la distrazione compiuta nell'interesse della P.A. di appartenenza si fosse risolta a danno di altra, come nel caso di distoglimento della destinazione di fondi ricevuti da un ente territoriale ed elargiti da un'Amministrazione centrale dello Stato), venne successivamente rimodellato dalla l. 16 luglio 1997, n. 234, che, tra l'altro, ancorò l'illecito alla violazione di norme di legge o regolamento, all'alternativa tra danno ingiusto a terzi/vantaggio ingiusto "a sé o ad altri", con l'abbandono del dolo specifico ed il passaggio a quello intenzionale⁸. Sulla riforma del '97, vd. V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro It.*, 1998, II, 393 ss; A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio*, in *Cass. Pen.*, 1998, 2, 1843 ss; M.N. MASULLO, *L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 1999, 2, 1761 ss; A. TESAURO, *Violazione di legge e abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002. Questa tormentata figura venne poi, ulteriormente, manipolata dal Parlamento (dopo la l. 6 novembre 2012, n. 190, che incise sul trattamento sanzionatorio) con la l. 11 settembre 2020, n. 120, di conversione nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76, che intese restringerne le maglie⁹. Su questa riforma, vd. G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *www.discrimen.it*, 31 luglio 2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. Pen.*, 2020, 7-8, 1 ss; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *www.sistemapenale.it*, 20 novembre 2020; M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso*

8 Qui di seguito il testo dell'art. 323 c.p. a seguito della riforma del '97: «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità».

9 Si riporta il testo dell'art. 323 c.p. prima dell'abrogazione: «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni».



d'ufficio, in *www.sistemapenale.it*, 17 agosto 2021; A. MELCHIONDA, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da COVID-19*, in *www.archiviopenale.it*, 28 settembre 2021; A. CASTALDO – M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021; V. VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio*, in *www.discrimen.it*, 2 gennaio 2021; G. RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio tra potere discrezionale e legalità vincolante*, in *www.archiviopenale.it*, 13 settembre 2021 e ID. (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Pisa, 2021. Sui più recenti interventi normativi, con l'introduzione dell'art. 314-bis c.p. e l'abrogazione dell'art. 323 c.p., sono state già sollevate, anche dalla Cassazione (Cass., Sez. VI, ord. 21 febbraio 2024, n. 9442), questioni di legittimità costituzionale che, sostanzialmente, s'innestano sulla circostanza che l'abrogazione dell'abuso d'ufficio avrebbe reso penalmente neutre condotte di favoritismo realizzate dal soggetto qualificato, in violazione di obblighi di criminalizzazione promananti da norme sovranazionali, tra cui l'art. 19 della Convenzione di Merida (Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre 2003, ratificata con l. 3 agosto 2003, n. 116). Su questo argomento, con rilievi circa la non manifesta infondatezza delle questioni sollevate vd. G.M. RUOTOLO, *L'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 19 dicembre 2024. Nutre dubbi sulla sussistenza di obblighi di criminalizzazione, invece, G.L. GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024*, in *www.sistemapenale.it*, 26 agosto 2024, nonché A. MANNA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la reazione della giurisprudenza*, in *www.sistemapenale.it*, 2 dicembre 2024. Per una contestazione serrata alle motivazioni addotte dal Governo circa l'esigenza di abrogare l'abuso d'ufficio alla luce della constatazione dello squilibrio tra numero di procedimenti penali attivati e condanne intervenute vd. M. GAMBARDELLA, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico di influenze*, in *www.sistemapenale.it*, 11 aprile 2024 (che ha segnalato il rischio della perdita di capacità preventiva del sistema penale). Sul rischio correlato alla prevenzione degli illeciti, vd. anche M. DONINI, *Abuso di ufficio ultimo atto. Una abolitio criminis per limitare i processi, non gli illeciti*, in *www.diariodirittopubblico.it*, 3 novembre 2024. Sul vuoto di tutela penale, vd. E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio, considerazioni a margine della sua abrogazione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16 luglio 2024, nonché M. PARODI GIUSINO, *L'abolizione dell'abuso di ufficio e la contestuale previsione del nuovo delitto di indebita destinazione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 25 luglio 2024. Vd. anche, a livello monografico, L. CARRARO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, Pisa, 2025. In questo senso, sulla proposta abrogativa, già M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 18 settembre 2023. In senso favorevole all'abrogazione si era espresso, invece, B. ROMANO, *La prospettiva dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 11 dicembre 2023. Sulle tendenze giurisprudenziali a contrastare le riforme che hanno, nel tempo, interessato l'abuso d'ufficio, forzando il dato normativo, quali spinte all'abrogazione vd. D. BRUNELLI, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto*, 12 settembre 2023; M. AMBROSETTI, *La giurisprudenza in materia dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *www.discrimen.it*, 11 dicembre 2024. In senso analogo, G. FIANDACA – A. MERLO, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio: una vittoria simbolica nell'ambito di un'ostinata guerra tra poteri*, in *www.discrimen.it*, 23 febbraio 2025. Sulla nuova figura di cui all'art. 314-bis c.p. vd., in senso critico, S. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in *www.sistemapenale.it*, 18 luglio 2024, nonché D. MICHELETTI, *La*



*“distrazione” gioca brutti scherzi. Sulle ricadute intertemporali del nuovo art. 314-bis c.p., i quali hanno segnalato come la nuova figura incriminatrice, piuttosto che determinare un “recupero” di talune delle ipotesi altrimenti depenalizzate per l’effetto dell’abrogazione dell’art. 323 c.p., costituirebbe una disposizione disciplinante ipotesi in precedenza ricadenti nell’alveo del peculato. Tale lettura, come si è accennato, è stata però rifiutata dalla sentenza in commento. Volendosi esprimere, in questa sede, un’opinione sulle riforme dello statuto penale della Pubblica Amministrazione attuate dal legislatore attraverso l’abrogazione dell’abuso d’ufficio e l’introduzione del delitto di cui all’art. 314-bis c.p., si può rilevare che essa non può che essere fortemente negativa. In primo luogo, le giustificazioni addotte nelle fasi di preparazione degli interventi normativi appaiono alquanto censurabili. Il richiamo della “paura della firma”, che di frequente accompagna le proposte e le riforme che attengono alla disciplina penale dell’azione amministrativa, così come quello alla “burocrazia difensiva”, costituiscono *slogan* totalmente scollegati rispetto alla realtà fattuale e allo “stato spirituale” dell’azione pubblica. Guardando, in particolare, all’abuso d’ufficio, perlomeno come rimodellato rispetto all’originaria formulazione, si è lamentato il rischio di un’eccessiva ingerenza della magistratura nelle scelte operate dal funzionario pubblico. Ciò, tuttavia, senza corroborare tali esternazioni attraverso la casistica, cioè, riportando casi giurisprudenziali che sarebbero indice di tale “insopportabile” intromissione. Tanto è vero che, al culmine, si è adottata la giustificazione dello sbilanciamento tra numero dei procedimenti penali attivati rispetto a quello delle sentenze di condanna. Con ciò si vuole sostenere che, in realtà, perlomeno negli ultimi anni, l’abuso d’ufficio ha rappresentato, piuttosto che uno strumento “politico” per la magistratura, un mezzo indispensabile per contrastare casi “*monstre*” di abuso della funzione pubblica, non disciplinati da altre, più gravi figure incriminatrici e, in particolare, dai delitti di concussione, corruzione e di turbativa d’asta. Per di più, ammesso e non concesso che le modifiche sistematiche trovassero una reale giustificazione nella necessità di garantire il buon andamento dell’azione amministrativa (il che, francamente, appare una vera e propria contraddizione logica), piuttosto che nella creazione di preoccupantissime nicchie di impunità, è mancato del tutto un bilanciamento rispetto all’esigenza di non depotenziare il sistema penale e la funzione preventiva che esso riveste. Insomma, si è al cospetto di scelte di politica criminale alquanto opinabili, anche in considerazione del messaggio che la depenalizzazione determinata dalle riforme è certamente idonea a veicolare, nei confronti di due destinatari. Il funzionario pubblico, rispetto al quale gli interventi sembrano addirittura poter spiegare un effetto “criminogeno”; il cittadino, che è stato messo indubbiamente nella condizione di percepire un allentamento delle garanzie rispetto al sopruso, idoneo a incrementare il *trend* negativo dell’etica pubblica. In definitiva, specie a valle dei *restyling* dell’abuso d’ufficio, che ne avevano fortemente ridotto il raggio operativo attraverso ancoraggi ispirati ad esigenze di determinatezza e tassatività, di queste riforme nel settore penale non si sarebbe potuto ragionevolmente sentire il bisogno. Per di più, le novelle in disamina, inserendosi nel contesto di un vero e proprio “braccio di ferro” tra politica e magistratura, rischiano di “inquinare” il dibattito su una ben più necessaria azione, che è rappresentata dalla c.d. “separazione delle carriere” che, questa sì, sembra indispensabile ad allineare la giustizia italiana rispetto agli *standard* moderni e alla necessità di tutela del cittadino, anche quando questi rivesta funzioni*

pubbliche. Pur condividendosi, poi, di fondo, l'idea espressa da M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, sull'esigenza di distinguere il diritto penale dall'etica e, in particolare, dall'etica pubblica, ciò non di meno appare chiaro che il legislatore abbia inteso incidere sulla materia penale, restringendone l'area di operatività, senza "controbilanciare" l'intervento attraverso altre iniziative, tese a rafforzare gli strumenti di tutela rispetto agli abusi del funzionario pubblico, consistenti, tra l'altro, in una più analitica e settoriale disciplina dell'azione amministrativa (specie in alcuni settori tradizionalmente "a rischio", quali quelle delle selezioni pubbliche), nell'implementazione dei controlli, interni ed esterni, dell'azione amministrativa, nonché in una seria riforma del versante disciplinare. Sicché, se è vero che il diritto penale non costituisce, *ex se*, uno strumento risolutivo per garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa, è altrettanto vero che lo sfondamento dello *ius criminale* avrebbe dovuto inserirsi nel contesto di una manovra complessiva di ben più ampio respiro. Di contro, nel rinnovato quadro, la "critica" dell'azione pubblica è stata largamente devoluta al cittadino. Il che appare una soluzione alquanto censurabile. In primo luogo per via del tradizionale *self restraint* della giurisprudenza amministrativa rispetto all'esercizio di "poteri discrezionali" della P.A. In difetto di norme stringenti, tese a vincolare in vari settori l'azione dei decisori pubblici, le scelte, giocoforza, diventano, per l'appunto, discrezionali e, in quanto tali, sottratte, salvo limitate eccezioni, al sindacato giurisprudenziale, pur a fronte di contesti che rivelano chiaramente un uso distorto del potere e, dunque, indebiti favoritismi. In seconda battuta in ragione delle barriere all'accesso alla giustizia che derivano dai suoi costi, posti a carico dell'individuo, ma anche dai condizionamenti che questi potrebbe subire rispetto a iniziative impugnatorie degli atti amministrativi. Talché il rischio, tangibile, di una (ulteriore) deriva, di un decadimento dell'apparato amministrativo, della qualità e quantità dei servizi offerti alla collettività, dell'innalzamento dei costi ribaltati sui cittadini di un'azione pubblica inefficiente ed inquinata da logiche borboniche, di una perdita complessiva di competitività dell'Italia nel contesto internazionale. A mancare, inoltre, è una visione a largo spettro che, invero, richiederebbe il varo di programmi a lungo termine ma verosimilmente maggiormente idonei a garantire l'etica pubblica rispetto al ricorso alle sanzioni, ovvero sia iniziative tese a promuovere una diffusa promozione della cultura della legalità, del rispetto della funzione pubblica e del cittadino, ad attivare, si potrebbe sostenere, il "sentimento di vergogna" e di "riprovazione" in chi esercita funzioni pubbliche e in coloro che si interfacciano con i poteri pubblici. Quanto alle sorti degli interventi normativi sotto il profilo della legittimità costituzionale, è difficile pronosticarle. Le prospettive correlate ad una violazione di presunti "obblighi di criminalizzazione" di carattere soprannazionale sembrano, per il vero, alquanto deboli. Così come sembra difficilmente ipotizzabile un intervento demolitorio della Consulta sulla disposizione che ha abrogato l'abuso d'ufficio sul presupposto della violazione degli artt. 3 e 97 Cost., tenendo conto di quanto la Corte ha già stabilito con la sentenza Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8 (intervenuta, per l'appunto, sull'*abolitio criminis* parziale che ha interessato l'abuso d'ufficio per via del varo del d.l. n. 76/2020). È più probabile, allora, che un "ripensamento" da parte del legislatore possa essere alimentato dalle proteste dei cittadini, delle associazioni a tutela dei diritti civili e dalla diffusione da parte dei *media* di casi

emblematici di abuso di funzioni, che sembrano profilarsi ad un orizzonte particolarmente fosco, rimasti impuniti.

4. Il repertorio delle sentenze della Corte costituzionale.

1) Corte cost., 4 febbraio 2025, ud. 10 dicembre 2024, n. 7 – Pres. Amoroso – Rel. Viganò

È costituzionalmente illegittimo l'art. 2641, comma 2, c.c. nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria di una somma di denaro o beni di valore equivalente a quelli utilizzati per commettere il reato e, consequenzialmente, è costituzionalmente illegittimo l'art. 2641, comma 1, c.c. limitatamente alle parole «e dei beni utilizzati per commetterlo». La disposizione censurata (ovverosia la previsione, in termini obbligatori, della confisca di una somma di denaro o beni di valore equivalente ai beni utilizzati per commettere l'illecito) si pone, infatti, in tensione con il principio di proporzionalità della pena; ciò in quanto la norma, nella parte indubbiata, obbliga il giudice a disporre nei confronti dell'interessato un sacrificio patrimoniale la cui entità dipende esclusivamente dal valore dei beni utilizzati, in concreto, per commettere il reato. Il tutto, in difetto di correlazioni di sorta con l'effettivo vantaggio patrimoniale conseguito mediante la commissione dell'illecito e, peraltro, senza la previsione di un correttivo che consenta al giudice di valutare, nel caso concreto, non solo se il soggetto disponga delle risorse per far fronte all'ablazione patrimoniale impostagli, ma anche quale impatto detta ablazione possa riverberare sulla sua esistenza futura.

2) Corte cost., 4 febbraio 2025, ud. 14 gennaio 2025, n. 8 – Pres. Amoroso – Rel. Petitti

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata, in riferimento all'art. 31, comma 2, della Costituzione, in relazione all'art. 28, comma 5-bis, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, inserito dall'art. 6, comma 1, lettera c-bis), del d.l. 15 settembre 2023, n. 123, convertito, con modificazioni, nella l. 13 novembre 2023, n. 159, nella parte in cui prevede che le disposizioni del comma 1 del medesimo art. 28, in tema di sospensione del processo con messa alla prova, non si applicano al delitto previsto dall'art. 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo), limitatamente alle ipotesi aggravate di cui all'art 609-ter c.p. L'istituto della sospensione del processo con messa alla prova del minore è caratterizzato da una evidente implicazione sostanziale, con ogni consequenziale effetto in punto di necessaria applicazione ad esso del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole. Le modifiche apportate, dalla disposizione in disamina, alla disciplina della sospensione del processo minorile con messa alla prova, quindi, in quanto finalizzate a precludere l'applicabilità dell'istituto in relazione a taluni reati, danno luogo a una disciplina sostanziale di contenuto deteriore rispetto a quella previgente, non potendo, allora, le stesse essere applicate ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della l. n. 159/2023, di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 123/2023. Atteso, allora, che nei casi oggetto dei giudizi *a quibus* i reati sono stati commessi prima dell'entrata in vigore della l. n. 159/2023, la questione sollevata del rimettente è, per quanto detto, inammissibile per difetto di rilevanza.

3) Corte cost., 6 febbraio 2025, ud. 14 gennaio 2025, n. 9 – Pres. Amoroso – Rel. Viganò



Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine all'art. 605, comma 6, c.p. (introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera d, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150), in riferimento agli artt. 3 e 76 della Costituzione, nella parte in cui non prevede la punibilità a querela della persona offesa nelle ipotesi in cui il fatto sia realizzato in danno del coniuge ovvero, in via subordinata, del coniuge non più convivente. La disposizione non è frutto di eccesso di delega e, nel contempo, essa è espressione del potere discrezionale del legislatore delegato, il quale ha optato per la non estensione della procedibilità a querela alla specifica ipotesi aggravata del fatto commesso nei confronti del coniuge nella evidente prospettiva delle particolari esigenze di tutela della persona offesa nel contesto di relazioni familiari, nell'ambito delle quali la vittima versa in condizioni di maggiore vulnerabilità. Del tutto ragionevole appare, inoltre, la soluzione normativa che non differenzia, in punto di procedibilità, tra reato commesso in danno del coniuge convivente e delitto realizzato contro il coniuge non più convivente. Ciò in quanto non di rado alla cessazione della convivenza segue uno stato di frustrazione e rabbia conseguenti proprio alla frattura della relazione, condizione che continua ad esporre la persona offesa a condotte violente o soprafattorie del coniuge.

4) Corte cost., 7 marzo 2025, ud. 11 febbraio 2025, n. 27 – Pres. Amoroso – Rel. Viganò

Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine all'art. 5, comma 8-bis, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (recante "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"), in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, nella parte in cui sanziona con la medesima pena sia il delitto di utilizzo di documenti contraffatti o alterati, sia il reato di contraffazione o alterazione dei documenti descritti nella stessa norma, anziché con una cornice edittale differenziata, non prevedendo, in particolare, che la pena edittale per il delitto di utilizzo di documenti contraffatti o alterati sia determinata riducendo di un terzo la pena prevista per le condotte di contraffazione o alterazione dei documenti medesimi, analogamente a quanto disposto dall'art. 489 c.p. Non sussiste, anzitutto, violazione del principio di uguaglianza, atteso che la disposizione in disamina non compendia fattispecie connotate da disvalore tanto differente da rendere necessaria la previsione di diversi trattamenti sanzionatori. Da un lato, infatti, l'utilizzazione del documento presuppone di regola un previo concorso, se non altro morale, del fruitore nella falsificazione del documento medesimo; sicché, non appare irragionevole la previsione di una medesima cornice edittale per tutte le condotte descritte nella norma censurata. Dall'altro, occorre rimarcare che è proprio l'ipotesi criminosa di "utilizzazione" a rappresentare un immediato pericolo per il bene giuridico protetto: solo attraverso detta ultima condotta, infatti, si concretizza la possibilità di rilascio di un titolo di soggiorno in assenza delle condizioni previste dalla legge, con conseguente *vulnus* all'interesse all'ordinata e regolare gestione dei flussi migratori, che la disposizione *de qua* mira a tutelare. Non appare sussistere neppure una violazione del principio di uguaglianza, con particolare riferimento al trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 489 c.p.; le ragioni che hanno indotto il legislatore a prevedere, in detta ultima norma, una riduzione di pena per chi abbia solo utilizzato l'atto falso, senza essere concorso nella sua falsità, non appaiono sovrapponibili in relazione ai

documenti di cui alla disposizione indubbiata, rispetto ai quali, come dianzi rilevato, è difficile ipotizzare una loro utilizzazione in assenza di un previo concorso nella loro falsificazione.

5. Le novità normative.

- **Regolamento 2025/13** del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 2024, pubblicato in GU – seconda serie speciale n. 17 del 3 marzo 2025, recante “sulla raccolta e sul trasferimento di informazioni anticipate sui passeggeri a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale riguardo ai reati di terrorismo e ai reati gravi, e che modifica il regolamento (UE) 2019/818”, con il quale l’Unione europea è intervenuta, in maniera più puntuale, in materia di raccolta e circolazione dei dati relativi agli utenti aerei al fine di «prevenire, accertare, indagare e perseguire i reati di terrorismo e i reati gravi» (art. 1). È stato, dunque, previsto un sistema di raccolta e di trasmissione, da parte dei vettori aerei, di informazioni inerenti ai passeggeri, con particolare riferimento ai dati del codice di prenotazione (*Passenger Name Record* – PNR), nonché alle informazioni anticipate sui passeggeri (*Advance Passenger Information* – API), aventi ad oggetto, tra l’altro, dati anagrafici, tipo e numero del documento di viaggio, numero identificativo del codice di prenotazione utilizzato dal vettore aereo per localizzare un passeggero nel proprio sistema d’informazione, informazioni sul posto a sedere e sui bagagli (art. 4). Tali dati verranno, dunque, trasmessi ad un’infrastruttura centrale (*router*. Si vedano gli artt. 9-11), che, all’esito di verifiche condotte sulla corretta anche formale della predetta trasmissione, invierà le informazioni ricevute all’Unità d’informazione sui passeggeri (UIP, organismo istituito dalla Direttiva UE 2016/681 del parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016) «dello Stato membro nel cui territorio atterrerà o partirà il volo, o a entrambi gli Stati membri in questione nel caso di voli intra-UE» (art. 12). Con il regolamento in disamina è stato previsto che alle competenti UIP debbono essere trasferiti i dati API unitamente a quelli PNR, atteso che il trattamento congiunto di tali informazioni consentirebbe di identificare con maggiore precisione i passeggeri che le competenti autorità degli Stati membri «potrebbero dovere esaminare ulteriormente, in conformità del diritto applicabile» (punto 3 del Considerato).

OSSERVATORIO DI DIRITTO DELL'ENERGIA

A cura di **Cesare Mainardis**

(Professore associato di Diritto pubblico e costituzionale nell'Università di Ferrara)

Disciplina transitoria (in attesa di quella sulle aree idonee), zone gravate da usi civici, localizzazione di impianti fotovoltaici

Corte costituzionale, sentenza 8.5.2024, n. 103 – Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

In attesa dell'individuazione legislativa, da parte regionale, delle aree idonee la disciplina transitoria dettata dall'art. 20 del d.Lgs 199/2021 va interpretata nel senso che le zone gravate da usi civici non possono considerarsi di per sé inidonee alla localizzazione di impianti fotovoltaici.

Nel nutrito filone di contenzioso che ha visto contrapporsi Stato e Regione Sardegna in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili, viene questa volta contestata la legittimità di una disposizione di legge regionale (l'art. 13, comma 1, lett. *b*), della L. reg. Sardegna n. 9/2023) che amplia, e non limita la realizzazione di impianti, ammettendone la localizzazione nelle zone gravate da usi civici: e ciò in contrasto, secondo il Governo ricorrente, con le norme di principio di cui all'art. 20 del D.lgs. n. 199/2021 e, di conseguenza, in violazione dell'art. 117, comma 3 Cost. - esondando la prescrizione impugnata dall'ambito di competenza concorrente contemplata anche dallo statuto speciale (art. 4, comma 1, lett. *e*). Per il giudice costituzionale, tuttavia, ad essere errato è il presupposto interpretativo da cui muove lo Stato, qualificando le zone gravate da usi civici come non idonee in assoluto all'installazione degli impianti FER. In termini generali, ad essere valorizzato dalla Corte è l'art. 20 del D.lgs. n. 199/2021, letto come norma che supera la disciplina dettata dall'art. 12, comma 10, del D.lgs. n. 387/2003 e dalle Linee guida ministeriali di attuazione (D.M. 10.9.2010), demandando alle Regioni l'individuazione di tali aree non più in sede amministrativa (come in precedenza) ma con legge regionale (nel rispetto di principi e criteri stabiliti, oggi, con il D.M. del MASE 21.6.2024). Nell'ambito di questa previsione, il comma 8 dell'art. 20 cit. funge da disposizione transitoria stabilendo che, nelle more dell'adozione dei predetti decreti,



alcune aree siano comunque considerate idonee, e tra queste le aree *non* ricomprese nel perimetro dei beni sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali, incluse dunque le zone gravate da usi civici. Ai sensi del comma 7 dell'art. 20 cit., la mancata inclusione delle aree gravate da usi civici tra quelle idonee non comporta la loro assoluta inidoneità all'installazione di impianti FER, né tantomeno comporta il divieto di mutarne la destinazione in conformità al regime degli usi civici medesimi – e ciò, precisa la Corte, “*in sede di pianificazione territoriale ovvero nell'ambito di singoli procedimenti*”.

Alla Corte di Giustizia dell'UE la decisione sui rinnovi delle concessioni idroelettriche di piccola derivazione (con riflessi anche sulla disciplina delle grandi derivazioni)

Corte costituzionale, ordinanza 7.10.2024, n. 161 – Giudizio di legittimità costituzionale in via principale

Va rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di compatibilità di una disposizione di legge regionale (l'art. 3 della L. reg. Emilia-Romagna n. 17/2023) che stabilisce la proroga senza gara di una concessione idroelettrica di piccola derivazione per un periodo coincidente con quello di percezione, da parte del concessionario, di incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili: e ciò al fine di affermarne la compatibilità, o meno con l'obbligo di procedure concorrenziali nella assegnazione di autorizzazioni, nelle ipotesi di scarsità della risorsa naturale da sfruttare, ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

La Corte costituzionale solleva una questione pregiudiziale sulla legge della Regione Emilia-Romagna che dispone la proroga (senza gara) delle concessioni idroelettriche di piccola derivazione per il periodo corrispondente all'erogazione dell'incentivo alla produzione di energia da fonti rinnovabili di cui benefici il titolare dell'impianto. La *ratio* della norma è quella di allineare durata della concessione e durata dell'incentivo, così da consentire all'operatore economico una razionale programmazione dei propri investimenti - e un loro eventuale finanziamento. Il ricorso statale denunciava la violazione dell'art. 49 del TFUE (sotto il profilo della lesione della libertà di stabilimento) e dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, con conseguente lesione dell'art. 117, comma 1 Cost., in linea con la posizione più volte manifestata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e di due pronunce, al momento invero isolate, del Tribunale superiore delle acque pubbliche - non seguite però da una decisione della Cassazione quale giudice dell'impugnazione (TSAP, 201/2018; 58/2024). Le questioni pregiudiziali poste dal giudice costituzionale riguardano a) la compatibilità di tale disciplina con l'art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE, che impone procedure concorrenziali per l'assegnazione di autorizzazioni aventi ad oggetto, tra



l'altro, l'utilizzo di risorse naturali scarse - come potrebbe essere considerata quella idrica; b) in caso di risposta affermativa, se il requisito della scarsità delle risorse alla luce dell'art. 12 cit. si possa applicare alle concessioni di piccola derivazione (con potenza nominale media annua pari o inferiore a 3000 kW, che attingono quantità modeste di acqua); c) in caso di risposta affermativa al primo e al secondo quesito, se l'art. 12 cit. debba essere interpretato nel senso che osti a una disciplina nazionale che preveda una proroga della durata della concessione, motivata dall'esigenza di consentire al concessionario l'utilizzo integrale degli incentivi ottenuti per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Tre considerazioni. La prima riguarda la tendenza (di recente, cfr. Corte cost., ord. 21/2025, in materia di contributo di solidarietà, *infra*; TAR Milano, sez. I, ord. 1744/2023, in materia di tetto ai ricavi dei produttori FER) da parte della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa a rivolgersi alla CGUE per questioni inerenti alla legislazione in materia di diritto dell'energia – settore condizionato in maniera significativa dal diritto dell'UE, a maggior ragione nell'attuale periodo storico segnato dal cd. *Green Deal* europeo e normativa attuativa. La seconda, più strettamente legata al giudizio a cui sarà chiamata la CGUE, riguarda la questione della qualificazione della attività di produzione di energia: prestazione di servizio, assoggettata alla direttiva 2006/123 cit. (all. I del regolamento (CE) n.213/2008); oppure produzione di un bene (CGUE, C-727/17; C-393/92; causa 6/64; tra le fonti, ad es. art. 2 della direttiva 85/374/CEE; art. 15 2006/112/CE; all. I al regolamento (CE) n. 213/2008), a maggior ragione per impianti idroelettrici di piccola derivazione e soprattutto se destinati all'autoconsumo. In terzo luogo, merita sottolineare come la pronuncia della CGUE, seppure limitata ad una disposizione di legge di una Regione italiana, potrebbe avere conseguenze dirompenti sull'intero settore idroelettrico dell'UE quanto alle procedure di rinnovo delle concessioni idroelettriche; ed interessare, per quanto riguarda lo Stato italiano, le modifiche alla disciplina delle procedure di assegnazione dei rinnovi delle concessioni idroelettriche di grande derivazione, di cui molto si discute in questi mesi – modifiche orientate ad attenuare l'obbligo di selezione ad evidenza pubblica, attualmente vigente.

Poteri cautelari del giudice amministrativo, fonti statali secondarie, autonomia legislativa regionale

Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 14.11.2024, n. 4303

Va sospesa in via cautelare la prescrizione regolamentare dell'art. 7, comma 2, lett. c) del D.M. sulle aree idonee, nella parte in cui afferma la possibilità, e non l'obbligo per le Regioni di fare salve le aree idonee già qualificate come tali in forza dell'art. 20, comma 8 del D.Lgs 199/2021.



La materia del contendere riguarda la legittimità di alcune disposizioni del D.M. del MASE 21.6.2024 sulla individuazione delle aree idonee, impugnato innanzi al giudice amministrativo da operatori economici che ne denunciano la contrarietà al parametro legislativo di riferimento (l'art. 20 del D.Lgs 199/2021, attuazione della direttiva europea 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili). Il Consiglio di Stato, in sede cautelare, accoglie la domanda di sospensione del D.M. nella parte in cui quest'ultimo stabilisce per le Regioni la facoltà, e non l'obbligo di fare salve le aree già individuate come idonee dalla disposizione legislativa (ai sensi del comma 8 dell'art. 20 cit.): per il giudice, infatti, nella *"disciplina di livello primario non sembra possa rinvenirsi spazio per una più restrittiva disciplina regionale"*. Il *decisum* del Consiglio di Stato *"fa salvo l'esercizio da parte della Regione dell'autonomia legislativa che le spetta in base alla Costituzione, dovendo solo in proposito tenersi conto della sospensione della norma del decreto ministeriale operata con quest'ordinanza"*, che produrrà effetti sino alla pubblicazione della sentenza di merito del TAR –al momento non ancora depositata.

In attesa dunque della decisione di merito da parte del giudice di primo grado, la pronuncia cautelare solleva alcune questioni in materia fonti. In primo luogo, il giudice valorizza, quasi ad integrazione del parametro normativo (o quale ausilio interpretativo del suo contenuto?) la disciplina che si rinviene nel PNRR (approvato in sede europea, con decisione di esecuzione del Consiglio, il 13.7.2021), ed in particolare nell'obiettivo M2C2-6 che prevede *"la creazione di un quadro normativo semplificato e accessibile per gli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile (FER) ...; e la emanazione di una disciplina, condivisa con le Regioni e le altre amministrazioni dello Stato interessate, volta a definire i criteri per l'individuazione delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti di energie rinnovabili"*: posto che la disposizione sospesa si dirige in senso contrario, introducendo una componente di incertezza in un quadro già definito dalla norma di legge. In secondo luogo, è legittimo chiedersi se la potestà legislativa regionale, in una materia concorrente (art. 117, comma 3 Cost.), possa venire limitata da una fonte secondaria (il DM sulle aree idonee). Nel precedente assetto normativo (ma ancora applicabile, almeno in parte) le Linee Guida statali (DM 10.9.2010) sono state invero ricondotte alla categoria delle norme tecniche, e come tali abilitate a circoscrivere la legge regionale (ad es., C. cost. 180/2020, 46/2021, 77/2022, 216/2022): varrà lo stesso per il D.M. sulle aree idonee? In terzo luogo, una pronuncia del giudice amministrativo volta a sospendere l'efficacia di una disposizione regolamentare che pretenda di *"abilitare"* l'esercizio della potestà legislativa regionale (con determinati contenuti), inibisce davvero il Legislatore regionale che, di contro, ritenga di esplicitare una propria competenza nell'ambito delle attribuzioni costituzionali ricevute?

Emergenza energetica e contributo di solidarietà: la versione italiana della misura sottoposta



al giudizio della Corte di Giustizia dell'UE (ma solo quanto all'ambito soggettivo)

Corte costituzionale, ordinanza 20.2.2025, n. 21 – Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

Va rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di compatibilità della disciplina nazionale del contributo di solidarietà (art. 1, commi 115 e ss. della L. 197/2022) nella parte in cui è applicato ai produttori di energia, alla luce delle disposizioni del regolamento (EU) 1854/2022 che circoscrive l'ambito dei soggetti passivi agli operatori economici del petrolio greggio, del gas naturale, del carbone e della raffinazione (artt. 1, 2, 14 e considerando nn. da 6 a 12, 14, 15, 40, 41, 45, 46, 50, 51, 63).

La Corte costituzionale è chiamata, dal giudice amministrativo e tributario, a pronunciarsi su svariati profili di illegittimità costituzionale della disciplina relativa ad una misura nazionale equivalente al contributo di solidarietà, introdotto dalla normativa dell'UE per fronteggiare la situazione di emergenza causata dall'aumento dei prezzi dell'energia verificatisi nel 2022 - anche a seguito dell'invasione, da parte russa, dell'Ucraina. Nell'ambito del relativo giudizio incidentale la Corte ritiene necessaria una pronuncia pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea quanto all'ambito di applicazione del tributo in sede nazionale: il regolamento (EU) 1854/2022, infatti, individua quali soggetti passivi della misura i cd. operatori *upstream* (della filiera di riferimento) che esercitano attività nei settori del petrolio greggio, del gas naturale, del carbone e della raffinazione; la legge italiana estende l'ambito applicativo della misura ai produttori e rivenditori di energia elettrica (cd. operatori *downstream*) "ove costoro abbiano percepito extraprofitti congiunturali nell'anno 2022". Da ciò, un possibile contrasto tra la normativa dell'UE e quella nazionale. Tale contrasto, in apparenza evidente quanto al dato letterale, può essere messo in dubbio, secondo il giudice costituzionale, da una serie di "diversi e significativi indici": la possibilità per lo Stato di introdurre misure ulteriori, anche di natura fiscale, per fronteggiare la crisi, nei confronti di soggetti della catena energetica diversi da quelli individuati dal regolamento dell'UE; la finalità solidaristica della misura, volta a tutelare consumatori, imprese e famiglie; la peculiarità del contesto energetico nazionale.

In sede europea, e nazionale sono tre le misure predisposte per fronteggiare l'emergenza legata all'aumento del prezzo dell'energia, anche con finalità redistributive nel colpire gli extraprofitti dei produttori di energia: a) il cd. contributo straordinario contro il caro bollette (art. 37 del D.L. 21/2022), oggetto di scrutinio da parte della Corte costituzionale con una sentenza di parziale accoglimento nella sola parte in cui la disposizione include, nella base imponibile del contributo, le accise (sent. 111/2024); b) il cd. tetto ai ricavi, anticipato in sede



nazionale dall'art. 15 bis del D.L. 4/2022, seguito dall'art. 1, commi 30 e ss, della L. 197/2022 attuativa del regolamento (EU) 1854/2022: inizialmente rivolto solo a determinate categorie di produttori di energia da fonti rinnovabili, poi esteso quanto all'ambito applicativo ed in attesa di giudizio, quanto alla sua compatibilità con il diritto dell'UE, da parte della CGUE (C-423/2023); c) il cd. contributo di solidarietà, anche esso ora rimesso nella sua disciplina nazionale al giudizio della CGUE con l'ordinanza qui annotata. Può osservarsi però, sul punto, che la questione sollevata dalla Corte costituzionale riguarda solamente l'ambito soggettivo di applicazione del tributo: ovvero solo uno dei numerosi profili di potenziale contrasto con il diritto dell'UE, sollevati dagli operatori economici nei giudizi *a quibus* ed in altri contenziosi *medio tempore* promossi innanzi al giudice tributario. Profili relativi, per un verso, a parametri generali quali la coerenza ed il coordinamento delle misure introdotte dagli Stati nazionali (alla luce del regolamento (EU) 1854 cit.), la proporzionalità e la non discriminazione, il *favor* per la produzione di energia da fonti rinnovabili; per altro verso, ad aspetti più puntuali come la denunciata duplicazione del tributo, la sua destinazione, l'entità del medesimo.

Divieti di moratorie regionali per impianti FER e valorizzazione dei principi contenuti nell'art. 20 del D.Lgs 199/2021

Corte costituzionale, sentenza 14.1.2025, n. 28 – Giudizio di legittimità costituzionale in via principale

E' illegittima una disposizione legislativa regionale (nel caso, l'art. 3 della L. reg. Sardegna 3 luglio 2024) che introduce un divieto, a maggior ragione se di significativa durata (diciotto mesi), per la costruzione di nuovi impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili nelle more della adozione della legge regionale di individuazione delle aree idonee come previsto dall'art. 20, comma 4 del D.Lgs 199/2021: fonte interposta che introduce principi fondamentali che valgono anche nei confronti di una autonomia speciale come la Sardegna.

La pronuncia conferma un orientamento giurisprudenziale contrario alla legittimità di moratorie regionali alla realizzazione di impianti da FER (ad es., C. cost. 77/2022). Peculiare, in questo caso, tanto l'inquadramento della materia coinvolta dall'intervento legislativo, nell'ambito della specialità regionale che connotava la Regione resistente; quanto la natura di parametro interposto del D.Lgs 199/2021, valorizzato nei suoi contenuti dal giudice costituzionale. Sotto il primo profilo, la Regione invocava una tutela di finalità paesaggistica sottesa alla norma impugnata, e dunque un ambito di competenza primaria: la Corte costituzionale, per un verso, ricorre al criterio della prevalenza, riconosce la *ratio* della



previsione nella volontà di “congelare” anche i procedimenti autorizzativi in corso ed individua pertanto l’ambito materiale della produzione di energia. Per altro verso, anche ammettendo un intreccio di competenze non risolvibile in forza della prevalenza, e riconosciuta la mancata applicazione della clausola di maggior favore, per la Sardegna, nella materia della produzione di energia – il parametro è dunque quello dello Statuto speciale, e non il comma terzo dell’art. 117 Cost. – si affermano in ogni caso quali limiti, alla autonomia regionale, i principi stabiliti dalla legge statale.

Sotto il secondo profilo, la disposizione regionale viola i principi stabiliti dal D.Lgs 199/2021, ed in particolare quelli a) del raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione al 2030 (art. 20, comma 5 cit.); b) del divieto di introduzione di moratorie (comma 6); e c) dell’avvio di procedure autorizzatorie agevolate per l’installazione di FER nelle aree da considerarsi idonee (comma 8). Il decreto legislativo statale viene dunque valorizzato, evidenziandone l’ambito materiale e l’intreccio tra competenze statali esclusive (la tutela dell’ambiente, ex art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.) e concorrenti («produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia», ex. art. 117, terzo comma, Cost.); nonché la natura di disciplina attuativa di vincoli derivanti dall’UE, e dalla direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili in particolare. In secondo luogo, trova rilievo la strumentalità della fonte statale al raggiungimento degli obiettivi posto dal PNIEC e relativi all’incremento della produzione di energia da FER nonché, a monte, posti dal cd. *Green Deal* europeo in attuazione della direttiva cit. 2018/2001/UE.

Artato frazionamento degli impianti FER: istruzioni per l’uso

Consiglio di Stato, sez. II, sentenza 19 marzo 2025, n. 2252

L’artato frazionamento, al fine di conseguire una maggiore e indebita percezione di incentivi alla produzione di energia da FER, deve essere accertato dalla P.A. attraverso un esame delle complessive risultanze istruttorie, alla luce di un’interpretazione sostanzialista della relativa normativa ispirata al principio dell’equa remunerazione dell’investimento.

Il Consiglio di Stato, nell’annullare dei provvedimenti di diniego, emessi dal GSE, della richiesta di accesso ai meccanismi di incentivazione per due impianti eolici, afferma interessanti principi in materia di artato frazionamento degli impianti FER (qui, ai sensi dell’art. 5, comma 2, lett. b), del D.M. 23 giugno 2016). La *ratio* sottesa alla normativa è quella di impedire che un produttore possa frazionare un impianto che avrebbe dovuto essere unico, al mero fine di godere di una maggiore incentivazione. Tuttavia: a) l’unicità del punto di connessione non può, di per sé solo, dimostrare l’interconnessione di due impianti,



costituendo semmai un elemento indicativo; b) l'interpretazione delle disposizioni da applicare, da parte della P.A. non può condurre ad una abrogazione di normativa vigente (nel caso in esame, l'art. 5, comma 2 cit. nella parte in cui fa salvo l'art. 29 del D.M. 23 giugno 2016); c) va adeguatamente valorizzato un approccio sostanzialista nell'interpretazione della normativa in materia di incentivazione: ricorrendo al criterio dell'equa remunerazione dell'investimento, parametro previsto dalla normativa di settore; d) in questa prospettiva, va tenuto conto delle circostanze di fatto che emergano in sede istruttoria: nel caso esaminato, procedimenti autorizzativi separati per i due impianti; distanza di diversi chilometri tra di loro; localizzazione su diverse particelle, non contigue; infrastrutture non condivise; soluzione di allaccio alla rete, con le modalità poi contestate dal GSE, proposta direttamente dal gestore della rete, pena l'impossibilità di realizzare l'impianto. Infine, merita tutela il legittimo affidamento dell'operatore economico qualora la condotta della P.A., attraverso l'adozione di propri atti, lo induca alla ragionevole convinzione che l'amministrazione abbia rinunciato alla contestazione di un determinato profilo – qui, in ordine alla interconnessione degli impianti.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO TRIBUTARIO

A cura di **Claudia Fava e Michele Mauro**
con la collaborazione di **Giuseppe Farcomeni**

INDICE: -1. La fiscalità degli Enti locali; - 2. Tributi erariali; - 3. Agevolazioni ed esenzioni; - 4. Diritto europeo.

1. La fiscalità degli Enti locali

Obiettivo della sezione dedicata alla “fiscalità degli enti minori”, nell’ambito dell’osservatorio, è quello di monitorare la giurisprudenza, maggiormente rilevante, relativa ai tributi di pertinenza degli Enti locali.

Come è noto, la **legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n.3**, ha riformato il titolo V della Costituzione definendo, anche in materia tributaria, il riparto di competenze tra Stato, Regioni, Province, Comuni e città metropolitane.

In particolare, l’**art. 117 della Costituzione** attribuisce potere legislativo allo Stato e alle Regioni e potere regolamentare a Comuni, Province e Città metropolitane; il successivo **art. 119 Cost.** prevede che Regioni ed Enti locali abbiano autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell’equilibrio dei relativi bilanci e dei vincoli economici e finanziari derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea.

Dal punto di vista fiscale, è previsto dunque che **Regioni, Comuni, Province e Città metropolitane** abbiano risorse autonome e stabiliscano ed applichino tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, partecipando anche al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio.

La responsabilizzazione delle autonomie locali, per quanto concerne le entrate fiscali, risale alla L. n. 142 del 1990 (Ordinamento delle autonomie locali), che ha dato inizio al processo di riduzione dei trasferimenti statali agli Enti locali.

In conformità ai principi introdotti dalla legge n.142/1990, con il D.lgs. n.504 del 1992 il Governo, ridisegnando l’assetto istituzionale delle autonomie locali, ha previsto l’introduzione dell’**imposta comunale sugli immobili, l’imposta provinciale sull’erogazione del gas e dell’energia elettrica, il tributo provinciale per l’esercizio di tutela, protezione e igiene ambientale, l’imposta provinciale per l’iscrizione dei veicoli al pubblico registro automobilistico**. Inoltre, è stata modificata l’**imposta comunale sulla pubblicità, i diritti**



comunalì sulle pubbliche affissioni, la tassa comunale e provinciale per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (quest'ultima oggetto di numerose successive modifiche).

L'art. 54 della legge 142/1990, ha stabilito, altresì, che ai Comuni e alle Province fosse riconosciuta **autonomia finanziaria sulle risorse trasferite e su quelle proprie**, riconoscendo la necessaria **potestà impositiva nell'ambito di imposte, tasse e tariffe**. Successivamente, il D.lgs. n. 446/1997, con il primo comma dell'art. 52, è intervenuto stabilendo che gli Enti locali minori *"possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, salvo per quanto attiene alla individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e dell'aliquota massima dei singoli tributi ..."*. La previsione riguardante la finanza locale è stata poi trasfusa nell'art. 149 del D.lgs. n. 267/2000 (TUEL).

Il **processo di autonomia finanziaria** ha trovato il suo culmine nella richiamata modifica del Titolo V della Costituzione e nella scelta di decentramento secondo cui ciascun livello di governo deve disporre di risorse finanziarie sufficienti ad assicurare lo svolgimento delle funzioni di competenza. La riforma costituzionale è rimasta, come noto, incompleta. La Corte costituzionale (sentenza 37/2004), in assenza della legge statale di coordinamento della finanza pubblica, ha giudicato inammissibile la potestà normativa regionale in materia tributaria.

A distanza di otto anni dalla riforma costituzionale, il Parlamento, con la legge n.42/2009, ha delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi recanti la definizione dei principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Alla legge delega hanno fatto seguito i decreti delegati per le **Regioni a statuto ordinario e per le province** (d.lgs. n. 68/2011) e per i Comuni (d.lgs. n. 23/2011).

Per quanto riguarda le **Regioni**, esse potranno finanziare le proprie spese attraverso: tributi propri istituiti e regolati con legge regionale, relativamente a presupposti non assoggettati ad imposizione da parte dello stato; tributi propri derivati, istituiti e regolati da legge statale e il cui gettito è attribuito alle Regioni; addizionali sulle basi imponibili dei tributi erariali.

Per quanto riguarda **Comuni e Province**, le entrate tributaria consistono in: tributi propri istituiti dallo Stato, che ne stabilisce gli elementi fondamentali; tributi propri derivati, istituiti dalle Regioni, relativamente ai presupposti non assoggettati ad imposizione da parte dallo Stato; tributi propri di scopo; compartecipazioni al gettito di altri tributi; imposizione immobiliare; fondi perequativi.

Per quanto riguarda la **disciplina attuativa**, il d.lgs. n. 23/2011 ha confermato la potestà regolamentare degli enti locali. Il decreto denominato **"Decreto in materia di federalismo fiscale municipale"** ha introdotto nuovi tributi locali, modificando quelli esistenti, e contemplando i seguenti tributi derivati: l'IMU, la cedolare secca sugli affitti, l'imposta di scopo, l'imposta di soggiorno, ecc.

2. Tributi erariali.

Le **entrate tributarie erariali** sono indicate nel bilancio dello Stato al titolo I e sono così suddivise: Imposte sul patrimonio e sul reddito; Tasse e imposte sugli affari; Imposte sulla produzione, sui consumi e dogane; Monopoli; Lotto, lotterie e altre attività di gioco.

Per le imposte sul reddito, il quadro normativo di riferimento è costituito dal T.U. delle imposte sui redditi approvato con d.p.r. 22 dic. 1986 nr. 917, che è stato oggetto di varie modifiche e comprende la disciplina dell'IRPEF e dell'IRES

Le imposte indirette si suddividono in *Imposte sui consumi* (Monopoli fiscali del tabacco, Lotto e giochi, Imposte di fabbricazione, Dazi doganali, Imposte automobilistiche e, più importante di tutte, l'Imposta sul valore aggiunto) e in *Imposte sui trasferimenti*, le quali a loro volta si suddividono in *Imposte sui trasferimenti a titolo oneroso* (Imposta di registro, Imposte di bollo, Imposte ipotecarie e catastali) e in *Imposte sui trasferimenti a titolo gratuito* (donazioni e successioni).

Una menzione a parte merita l'IRAP (imposta regionale sulle attività produttive), il cui gettito è devoluto alle Regioni.

3. Agevolazioni ed esenzioni.

Le **esenzioni** sono riconducibili a disposizioni che sottraggono, dall'applicazione di un tributo, parzialmente o totalmente, fattispecie che vi rientrerebbero in base alla nozione generale del presupposto.

Le esenzioni possono essere **temporanee o permanenti**; possono avere **carattere soggettivo** ovvero **oggettivo**. Per esempio, una esenzione soggettiva è l'esenzione dall'IMU degli immobili posseduti dallo Stato, dalle regioni, dalle province, ecc.; una esenzione oggettiva, sempre ai fini IMU, riguarda i terreni agricoli ricadenti in determinate aree (montane).

L'**agevolazione**, invece, riduce il *quantum* dell'imposta, in deroga a quanto disposto dalla norma ordinaria. Per **individuare un'agevolazione** occorre, prima di tutto, rintracciare il **regime fiscale** di riferimento e, successivamente, distinguere, tra le disposizioni di favore, quelle che hanno natura agevolativa.

Gli **strumenti tecnici** con cui può essere attuata una agevolazione sono diversi: **tassazione parziale della base imponibile, deduzioni dalla base imponibile, detrazioni dall'imposta, riduzioni di aliquote, regimi di differimento o sospensione dell'imposta, regimi sostitutivi, crediti d'imposta, ecc.**

Le esenzioni e le agevolazioni possono costituire "**Aiuti di Stato**", ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'UE. Occorre pertanto, anche a questo fine, distinguere fra trattamenti fiscali ordinari e trattamenti di favore. A volte il legislatore esenta una fattispecie da un'imposta perché prevede l'applicazione di un'altra imposta. Ad esempio, vi sono alcuni proventi che sono esenti dalle ordinarie imposte sul reddito, ma sono assoggettati a ritenute alla fonte a titolo d'imposta. Le esenzioni, pertanto, possono consistere sia nell'**esonero** da qualsivoglia imposta, quanto nell'**applicazione di un'imposta diversa**; solo se l'**imposta sostitutiva** comporta un minore onere economico per il contribuente se ne può affermare la natura agevolativa.

Per **individuare le fattispecie esenti** si possono utilizzare due criteri; quello logico, in base al quale sono da considerare esenzioni tutti i casi che sono in "deroga" rispetto alla norma che definisce il presupposto (indipendentemente dalla terminologia usata); quello nominalistico, in base al quale sono considerate esenzioni quelle che il legislatore qualifica come tali, anche se non sono in rapporto di deroga o di eccezione rispetto alla fattispecie generale.



Infine, **non bisogna confondere le esenzioni e le agevolazioni dalle esclusioni** che, invece, sono disposizioni con cui il legislatore chiarisce i limiti di applicabilità del tributo, senza derogare a quanto disposto dagli enunciati generali.

4. Diritto europeo.

Altro ambito meritevole di attenzione è quello relativo al **diritto europeo**, soprattutto con riguardo alla **fiscalità ambientale**. Durante il **Consiglio Europeo di Parigi** del 1972, i partecipanti hanno per la prima volta affermato la volontà di realizzare una **politica ambientale comunitaria da affiancare all'espansione economica**, richiedendo contestualmente un programma d'azione. "L'Atto unico europeo del 1987 ha introdotto il nuovo titolo "Ambiente", che ha costituito la prima base giuridica per una politica ambientale comune finalizzata a salvaguardare la qualità dell'ambiente, proteggere la salute umana e garantire un uso razionale delle risorse naturali. L'impegno dell'Unione europea verso il perseguimento di una politica ambientale è stato ulteriormente rafforzato durante successive revisioni dei Trattati. L'ambiente, infatti, è entrato nei settori ufficiali dell'Unione Europea con il **Trattato di Maastricht** del 1993 e dal 1999 (Trattato di Amsterdam); con il Trattato di Lisbona, assieme al raggiungimento di uno sviluppo sostenibile, "combattere i **cambiamenti climatici**" è diventato un obiettivo specifico. La **politica ambientale** è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul **principio della correzione dei danni causati all'ambiente**, nonché sul **principio "chi inquina paga"**. Questi appena elencati sono principi, non regole: si è posto quindi il problema di come renderli cogenti. In Italia l'art.191 è stato recepito dall'art.3-ter del Codice dell'ambiente (d.lgs.152/2006) che annovera i quattro principi *de quibus* e richiama l'art.174 del Trattato dell'Unione Europea come riferimento normativo.

Lo scopo del **principio di prevenzione** è quello di evitare i danni ambientali. Il **principio di precauzione** è quello foriero di maggiori dinamiche applicative; esso si inserisce, prima ancora che tra gli strumenti del diritto dell'ambiente, tra gli **strumenti di controllo del rischio** in diritto amministrativo. Il problema del **controllo giuridico del rischio** generato dalle attività umane è infatti trasversale a tutte le discipline giuridiche (si pensi al diritto amministrativo, al diritto penale, ma anche al diritto civile nell'ambito della responsabilità civile); Il **principio di precauzione** riguarda sempre situazioni di danno potenziali e si pone quale strumento per colmare le informazioni scientifiche incerte e la responsabilità politica. Il **principio "chi inquina paga"** è l'unico che apparentemente si sgancia da una logica meramente preventiva (che comunque mantiene, quanto meno in termini di dissuasione), perché presenta un **contenuto ripristinatorio**, in quanto si riferisce a misure economiche che hanno come scopo quello di individuare preventivamente i soggetti su cui graverà successivamente l'onere economico del contrasto all'inquinamento ambientale. Secondo alcuni è anche il fondamento delle **tasse di scopo** (e cioè di misure tributarie che introducono tributi volti a disincentivare determinati comportamenti ritenuti inquinanti). Tale principio impone a chi inquina di sostenere il **costo ambientale e sociale** delle proprie azioni ed è quindi un tentativo di rimediare ai costi esternalizzati sostenuti, in assenza di questo principio, dalla comunità invece che dai soggetti inquinanti. Infatti, Il **principio "chi inquina paga"** mira a superare tali problemi richiedendo agli inquinatori di "internalizzare" il costo del potenziale inquinamento



nel processo di produzione (costi incorporati), di modo da evitare alla società di sostenere i costi successivi. Questo principio è usato in diverse direttive, quali: rifiuti, discariche, acque e responsabilità ambientale.

Infine, il principio dello sviluppo sostenibile, pur non essendo elencato nella norma del Trattato, rappresenta, in realtà, il fondamento del diritto ambientale dell'Unione Europea, perché esprime la doverosità e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future. È un principio che è stato affermato (anche se formalizzato come obiettivo politico dal Trattato di Lisbona) da convenzioni e trattati internazionali addirittura anteriori rispetto al Trattato Europeo.

La definizione di imposta ambientale, condivisa da tutti gli stati membri Ue, è data dalla **"Guida statistica alle tasse ambientali" della Commissione Europea**. Quest'ultima afferma che un'imposta ambientale è "un'imposta la cui base imponibile sia un'unità fisica (o una approssimazione della stessa) di qualcosa che abbia un impatto negativo, specifico e provato scientificamente, sull'ambiente.

Lo scopo di queste imposte è quello di impattare, tramite la distorsione, "sui costi di produzione e i prezzi d'acquisto dei prodotti inquinanti"; mira ad "internalizzare" le esternalità negative generate dalle attività inquinanti.

Ciò può avvenire in diversi modi.

In primo luogo, incidendo sulle **scelte dei consumatori** attraverso l'incremento del prezzo finale, nel caso in cui i produttori scarichino il peso dell'imposta sui consumatori, il che potrebbe verificarsi in presenza di bassa elasticità della domanda al prezzo o di prodotti perfetti sostituti, in perfetta concorrenza realizzati e con tecnologie simili.

In secondo luogo, incidendo sulle **scelte di produzione degli inquinatori**, ove la loro struttura di costo si modifichi a seguito dell'imposta (qualora non venisse scaricato l'onere dell'imposta sui prezzi). Ciò potrebbe verificarsi in presenza di domanda fortemente elastica al prezzo, o di produttori che, seppur in concorrenza perfetta e perfetti sostituti tra loro, presentino tecnologie produttive diverse che comportano diversi livelli di compensazione dell'inquinamento prodotto, come ad esempio due produttori di acqua minerale di cui uno produce bottigliette in plastica riciclata e l'altro no. **Questo strumento è dunque applicazione diretta del principio "chi inquina paga"**. Sotto il profilo teorico, in particolare, si è applicato al problema delle esternalità ambientali un celebre tipo di imposta: l'imposta à la Pigou (o imposta pigouviana, dal noto economista inglese Arthur C. Pigou). Si tratta di un'imposta che grava su ogni unità di output prodotta da chi inquina, per un (l'aliquota è determinata dall') ammontare pari al **danno marginale** inflitto in corrispondenza del **livello socialmente efficiente di output**. Il risultato è una traslazione della curva del beneficio marginale dell'inquinatore verso il basso, fino al punto in cui il costo marginale è pari al beneficio marginale (punto d'efficienza). Il valore di questa imposta è costituito dal prezzo del **danno marginale** in corrispondenza di quest'ultimo. **Il gettito creato** può essere distribuito in somma fissa all'intera popolazione o agli individui che subiscono l'esternalità, o ancora può consentire di ridurre il carico fiscale in altri settori. La distorsione avviene quindi grazie al fatto che l'obiettivo dell'inquinatore è la sola massimizzazione della propria utilità marginale. Nonostante questo tipo di tassazione non fosse all'inizio particolarmente popolare, con gli

anni ha acquisito il favore degli economisti e dei governi (si veda la *carbon tax* o la *plastic tax*, classificabili come imposte pigouviane). La **tassazione ambientale** è in generale divisibile (almeno a livello europeo) in quattro ambiti di intervento: **l'energia, i trasporti, l'inquinamento e le risorse**. Il primo riguarda i **materiali energetici** (tra cui emissioni di anidride carbonica) usati per carburazione e combustione ed è l'ambito che di solito pesa maggiormente sul gettito della maggior parte degli stati, per lo meno di quelli europei. La **categoria dei trasporti** comprende non i carburanti (rientranti invece nel primo ambito), bensì la registrazione e l'utilizzo dei mezzi di trasporto privato e pubblico. Il terzo ambito, quello dell'**inquinamento**, esclude l'emissione dei materiali energetici (non include ad esempio emissioni di anidride carbonica), ma riguarda le altre emissioni che inquinano aria e acqua, oltre che rumore e rifiuti solidi. L'ultimo ambito concerne i permessi per l'**estrazione di beni naturali**.

- GIURISPRUDENZA -

2. La fiscalità degli Enti locali

TITOLO TRIBUTI LOCALI - CLASSE ICI

Corte di Cassazione, Sezione/Collegio V, Ordinanza n. 3595 del 12/02/2025.

Tributi locali – ICI – pertinenze.

In tema di ICI, la tassazione autonoma delle aree pertinenziali è esclusa quando il Comune sia venuto a conoscenza di tale vincolo a seguito di apposita comunicazione effettuata dal contribuente. La Suprema Corte ha affermato che i presupposti di cui all'art. 817 c.c. - a) l'oggettiva destinazione di una cosa a servizio od ornamento di un'altra per volontà del titolare della cosa principale e - b) la durevolezza, ovvero la circostanza che non sia possibile una diversa destinazione del bene senza radicale trasformazione – non sono sufficienti per la relativa detassazione ai fini fiscali, ma occorre anche che l'Amministrazione sia effettivamente consapevole di tale destinazione. Tale consapevolezza, se non emerge da altri fatti conosciuti per altra via dall'Amministrazione, deve risultare da una comunicazione proveniente dal contribuente, senza che quest'ultimo possa invocare la sussistenza del vincolo di pertinenzialità solo in fase di giudizio.

TITOLO TRIBUTI LOCALI – CLASSE IMU

Corte di giustizia tributaria di primo grado di Roma, Sez. VII, Sentenza n. 429 del 09/01/2025.



IMU – Deducibilità – Immobili strumentali.

La quota di IMU riferibile agli immobili strumentali d'impresa è integralmente deducibile dalla base imponibile IRES quale costo inerente (art. 75 TUIR). Nella specie, la Corte ha ritenuto illegittimo il mancato riconoscimento, ai fini della determinazione dell'imponibile Ires del costo relativo all'IMU versata dalla società contribuente per gli immobili posseduti nell'esercizio della propria attività d'impresa. Secondo il Collegio, infatti, l'IMU versata dalla contribuente aveva rappresentato un costo senz'altro inerente per la stessa, oltre che certo e determinato, necessario alla produzione dei proventi imponibili, sicché la regola di generale deducibilità degli oneri fiscali dettata dall'art. 99 TUIR doveva trovare applicazione anche con riferimento all'imposizione locale sugli immobili.

TITOLO ACCERTAMENTO - CLASSE IMU

Corte di giustizia tributaria di secondo grado della Toscana, Sez. II, Sentenza n. 307 del 06/03/2024.

IMU – Contratto leasing - Soggetto passivo

L'Imu è dovuta dal "possessore di diritto dell'immobile" e, pertanto, tale imposta è sempre a carico del soggetto che risulti titolare dell'immobile al catasto o, meglio, presso la Conservatoria dei registri immobiliari. Di conseguenza, anche se gli accordi che pongono il carico tributario su un soggetto diverso dal proprietario, o titolare di altro diritto reale, non possono essere *contra legem*, le imposte locali sugli immobili devono essere pagate dal proprietario ove non sia possibile ottenere il pagamento da parte del diverso soggetto individuato contrattualmente. Nel caso di specie, relativo a un contratto di leasing, in seguito alla risoluzione del contratto è il locatore, anche se non ha ancora acquisito la materiale disponibilità del bene per mancata riconsegna da parte dell'utilizzatore, a dover versare l'imposta.

TITOLO ACCERTAMENTO - CLASSE IMU

Corte di giustizia tributaria di secondo grado del Lazio, Sez. IV, Sentenza n. 10 del 03/01/2025.

IMU – Avviso di accertamento – Secondo provvedimento in diminuzione

In tema di IMU, la modificazione in diminuzione dell'accertamento originario non integra una pretesa tributaria "nuova" e, perciò, non richiede necessariamente l'emanazione di un atto impositivo integralmente sostitutivo del precedente (C. Cass. 14 luglio 2017, n. 17516).

3. Tributi statali erariali.



TITOLO TRIBUTI ERARIALI - CLASSE IRES

Corte di Giustizia Tributaria di primo grado di Pesaro, Sezione II, sentenza n. 429 del 09/01/2025.

Tributi erariali – IRES – deducibilità Imu

In tema di IRES il mancato riconoscimento della deducibilità, ai fini IRES, in sede di computo del reddito complessivo netto, dell'Imu versata dalla società in relazione agli immobili posseduti dalla medesima nell'esercizio della propria attività d'impresa, rappresenta una violazione delle regole fondanti il sistema dell'imposizione sui redditi e, ancor più in generale, dei principi sottesi all'ordinamento tributario nel suo complesso.

TITOLO TRIBUTI ERARIALI - CLASSE IRPEF

Corte di Giustizia Tributaria di primo grado di Pesaro, Sezione II, sentenza n. 36 del 31/01/2025.

Tributi erariali – IRPEF – deducibilità realizzazione box auto

L'utilizzo del termine "realizzazione" di cui al comma 1 lettera d) dell'art. 16 bis del TUIR, evidenzia come il legislatore abbia consapevolmente escluso che l'agevolazione fiscale venga riconosciuta alla sola "costruzione" di autorimesse o posti auto pertinenziali anche a proprietà comune, non escludendo che vi rientri l'ipotesi della ristrutturazione e/o creazione di nuovo ambiente tramite modifiche dell'immobile.

TITOLO ACCERTAMENTO - CLASSE IMPOSTE INDIRETTE

Corte di giustizia tributaria di secondo grado del Veneto, Sez. V, Sentenza n. 5 del 02/01/2025.

Imposte di registro, ipotecarie e catastali - Accertamento – Impianto energia rinnovabile

Gli impianti fotovoltaici di grande potenza (parchi fotovoltaici), realizzati allo scopo di produrre energia da immettere nella rete elettrica nazionale per la vendita, vanno considerati, a tutti gli effetti, ai fini delle imposte di registro, ipotecarie e catastali, quali beni immobili in quanto la connessione strutturale e funzionale tra il terreno e gli impianti è tale da poterli ritenere sostanzialmente inscindibili, a nulla rilevando che astrattamente sono rimovibili ed installabili in altro luogo.

TITOLO ACCERTAMENTO - CLASSE IMPOSTA DI REGISTRO

Corte di Cassazione, Sezione /Collegio V, Ordinanza n. 3913 del 16/02/2025.

Imposte di registro – Immobile collabente – agevolazione prima casa



In materia di agevolazione prima casa, posto che la norma agevolativa non esige l'idoneità abitativa dell'immobile già al momento dell'acquisto, il beneficio può essere riconosciuto anche all'acquirente di immobile collabente, non essendo preclusiva la classificazione del fabbricato in categoria catastale F/2, ed invece rilevando la suscettibilità dell'immobile acquistato ad essere destinato, con i dovuti interventi edilizi, all'uso abitativo.

4. Agevolazioni e esenzioni

TITOLO IRES - CLASSE AGEVOLAZIONI

Corte di giustizia tributaria di secondo grado della Lombardia, Sez. XVI, Sentenza n. 353 del 29/01/2025.

IRES – Agevolazioni – Investimenti ambientali

L'articolo 6, commi da 13 a 19, della legge n.388 del 2000 ha introdotto una agevolazione volta ad incentivare le piccole e medie imprese che realizzano investimenti ambientali, per cui la quota di reddito destinata a tali investimenti non concorre alla formazione del reddito imponibile ai fini delle imposte sui redditi. Il dubbio interpretativo, risolto con una interpretazione autentica, da una successiva norma secondaria emanata dall'amministrazione consente di cumulare le agevolazioni previste dalla Tremonti ambiente con quelle previste dal c.d. conto energia.

TITOLO IRES - CLASSE AGEVOLAZIONI

Corte di giustizia tributaria di secondo grado del Lazio, Sez. XII, Sentenza n. 495 del 27/01/2025.

IRES – Agevolazioni – Investimenti ambientali -Presupposti

Per poter accedere all'agevolazione di cui all'art. 6, l. n. 388/2000 – prevista per le piccole e medie imprese – è necessaria la sussistenza di presupposti soggettivi e oggettivi. In particolare, con riferimento al requisito soggettivo per classificare una impresa piccola e media, è necessario il possesso dell'indipendenza, sussistente se il capitale o i diritti di voto non siano detenuti per il 25% o più da una sola impresa oppure congiuntamente da più imprese. Quanto al requisito oggettivo occorre che l'investimento sia necessario per prevenire, ridurre e riparare danni causati all'ambiente dall'attività dell'impresa che lo realizza.

TITOLO PROCESSO TRIBUTARIO - CLASSE ESTINZIONE



Corte di giustizia tributaria di secondo grado della Campania, Sez. XIX, Sentenza n. 948 del 31/01/2025.

Rottamazione- quater – Giudizio – Estinzione

in tema di definizione agevolata dei carichi affidati all'agente della riscossione ex art. 1, commi 231 – 252 della l. n.197 del 2022 (cd. rottamazione-*quater*), il comma 236 prevede una fattispecie di estinzione del processo che non postula il pagamento dell'intero ammontare dovuto in ragione del piano rateale concordato, presupponendo *ex lege* esclusivamente il perfezionamento della procedura amministrativa di rottamazione- in virtù della dichiarazione del contribuente di volersi avvalere della procedura rinunciando ai giudizi in corso, seguita dalla comunicazione dell'Agenzia sul numero, l'ammontare delle rate e le relative scadenze - ed il riscontro documentale dei soli pagamenti già effettuati con riferimento alla procedura di definizione prescelta.

4. Diritto europeo - Osservatorio sulla fiscalità ambientale

TITOLO ACCISE - CLASSE AGEVOLAZIONI

Corte di giustizia tributaria di secondo grado del Piemonte, Sez. III, Sentenza n. 78 del 27/01/2025.

Direttiva europea -Accisa ridotta – Gasolio commerciale

In relazione alla giurisprudenza comunitaria, secondo cui l'art. 7 paragrafo 3, lett. b) della Direttiva 2003/96/CE non osta ad una normativa nazionale - qual è, nella specie, l'art. 24 ter del TUA - che preveda un'aliquota di accisa ridotta per il gasolio commerciale utilizzato come propellente soltanto per il trasporto "regolare" di passeggeri, si ritiene che tale nozione non includa il servizio di trasporto di persone c.d. atipico, a carattere occasionale, gestito in forma privatistica, quale l'attività di noleggio di autobus con conducente.

TITOLO IMPOSTE SUI REDDITI - CLASSE AGEVOLAZIONI

Corte di giustizia tributaria di primo grado di Ascoli Piceno, Sez. II, Sentenza n. 3 del 14/01/2025.

Investimenti ambientali -detassazione – interpretazione restrittiva

La corretta applicazione del limite del 20% del costo dell'investimento, previsto dall'articolo 9 del D.M. 19 febbraio 2007 e dall'articolo 19 del D.M. 5 luglio 2012, in relazione alla cumulabilità della detassazione fiscale prevista dalla Tremonti Ambiente con le tariffe incentivanti del Conto Energia, comporta che il 20% deve essere calcolato sul valore complessivo della



detassazione (ossia alla variazione in diminuzione del reddito imponibile) e non sul risparmio fiscale effettivamente generato dalla detassazione stessa (ossia alla minore imposta risultante).

TITOLO ACCERTAMENTO - CLASSE RENDITA CATASTALE

Corte di giustizia tributaria di primo grado di Roma, Sez. XIX, Sentenza n. 71 del 03/01/2025.

Accertamento – rendita catastale - attribuzione

In tema di classamento di immobili, qualora l'attribuzione della rendita catastale abbia luogo a seguito della procedura denominata DOCFA, ed in base ad una stima diretta eseguita dall'ufficio, l'obbligo della motivazione dell'avviso di classamento dell'immobile deve ritenersi osservato anche mediante la semplice indicazione dei dati oggettivi acclarati dall'ufficio e della classe conseguentemente attribuita all'immobile, trattandosi di elementi che, in ragione della struttura fortemente partecipativa dell'avviso stesso, sono conosciuti o comunque facilmente conoscibili per il contribuente, il quale, quindi, mediante il raffronto con quelli indicati nella propria dichiarazione, può comprendere le ragioni della classificazione e tutelarsi mediante ricorso alle commissioni tributarie.

TITOLO ACCERTAMENTO - CLASSE RIFIUTI

Corte di giustizia tributaria di secondo grado della Sicilia, Sez. XV, Sentenza n. 8 del 02/01/2025.

Accertamento – Rifiuti speciali - Imballaggi

In tema di imballaggi terziari si applica la disciplina stabilita per i rifiuti speciali e la tassa è esclusa per la sola parte della superficie in cui, per struttura e destinazione, si formano esclusivamente i rifiuti speciali. Ciò non comporta, quindi, che tali categorie di rifiuti siano, di per sé, esenti dalla Tarsu, ma che ad esse si applichi la disciplina stabilita per i rifiuti speciali, che è quella dettata dal D.lgs. n. 507 del 1993, art. 62, comma 3, il quale rapporta la tassa alle superfici dei locali occupati o detenuti, stabilendo l'esclusione dalla tassa della sola parte della superficie in cui, per struttura e destinazione, si formano esclusivamente i rifiuti speciali.

TITOLO ACCERTAMENTO - CLASSE TARI

Corte di giustizia tributaria di secondo grado della Campania, Sez. I, Sentenza n. 65 del 03/01/2025.

Accertamento – Tari - Parcheggio

In materia di TARI si è ormai consolidato un orientamento interpretativo secondo cui, premesso che i Comuni devono istituire una apposita tassa annuale su base tariffaria che viene



a gravare su chiunque occupi o conduca i locali, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale in cui i servizi sono istituiti, tale tassa è dovuta anche dal soggetto che occupi o detenga un'area per la gestione di un parcheggio affidatagli dal Comune in concessione, restando del tutto irrilevante l'eventuale attinenza della gestione stessa alla fase sinallagmatica del rapporto con il Comune.

TITOLO ACCERTAMENTO - CLASSE TARI

Corte di giustizia tributaria di primo grado di Roma, Sez. XXV, Sentenza n. 271 del 07/01/2025.

Accertamento – Dichiarazione Tari - Obbligo

La dichiarazione Tari è obbligatoria. È onere del contribuente presentare denuncia di variazione in tutti quei casi in cui siano intervenute modifiche nella tassazione. In assenza di siffatta prova non può essere riconosciuto nessun esonero anche alla presenza dei presupposti.

TITOLO ACCERTAMENTO - CLASSE TARI

Corte di giustizia tributaria di primo grado di Roma, Sez. VIII, Sentenza n. 226 del 07/01/2025.

Accertamento – Tari - Locatore

La TARI è dovuta solo dal conduttore dei locali, in quanto, il presupposto, è dato dal possesso o detenzione di locali ed aree scoperte a qualsiasi uso adibiti suscettibili di produrre rifiuti. Il riferimento al concetto di detenzione pone sicure indicazioni sull'effettivo obbligato in caso di locazione dell'immobile, dovendosi individuare nel conduttore, e non nel locatore, il soggetto passivo d'imposta, tranne per che per la sola ipotesi di locazione di durata non superiore ai sei mesi dove obbligato al pagamento del tributo resta il proprietario.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA SULLA SICUREZZA SUL LAVORO

Work Safety Observatory

A cura di

Ambra Mostarda - Alessia Riommi - Chiara Trotta*

Abstract [It]: Il presente osservatorio raccoglie le massime delle più rilevanti pronunce della Corte di Cassazione, sia penale che civile, con riferimento ai mesi di gennaio e febbraio 2025, in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Uno specifico *focus* è dedicato all'ordinanza della Corte di Cassazione civile, Sez. lav., 18 febbraio 2025, n. 4166, in tema di rapporto tra evoluzione delle conoscenze mediche e responsabilità datoriale.

Parole chiave: Salute e sicurezza sul lavoro - Responsabilità datoriale - Art. 2087 c.c. - D.lgs. n. 81/2008 - Diritto del lavoro - Infortunio sul lavoro - Malattia professionale - *Mobbing* - Disabilità - Responsabilità amministrativa degli enti.

Abstract [En]: This observatory collects the key legal principles from the most significant rulings of the Italian Corte di Cassazione, both criminal and civil, issued in January and February 2025, concerning workplace health and safety. Special attention is given to Cass. civ., Sez. lav., Ord. Feb. 18th, 2025, No. 4166, which addresses the relationship between developments in medical knowledge and employer liability.

Key words: Health and Safety at Work - Employer Liability - Article 2087 of the Civil Code - Legislative Decree No. 81/2008 - Labor Law - Accident at Work - Occupational Disease - *Mobbing* - Disability - Corporate Administrative Liability.

* Seppur il testo rappresenti il frutto di un lavoro condiviso, i par. 1, 1.1, 1.2, 1.3 e 1.4 sono stati curati da Chiara Trotta, Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro, Sapienza Università di Roma, il par. 2 è stato curato da Ambra Mostarda, Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università Ca' Foscari Venezia e i par. 3 e 3.1 sono stati curati da Alessia Riommi, Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro, Università degli Studi di Perugia.

SOMMARIO: 1. L'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, n. 4166/2025 in materia di responsabilità datoriale per malattia professionale con riferimento all'evoluzione delle conoscenze mediche. – 1.1 La massima. – 1.2 La vicenda giudiziaria. – 1.3 Il principio di diritto espresso nella pronuncia. – 1.4 I precedenti giurisprudenziali sul tema. – 2. Il repertorio delle più importanti pronunce della Corte di Cassazione Civile, Sezione Lavoro, relative ai mesi di gennaio e febbraio 2025. – 3. Il repertorio delle più importanti pronunce della Corte di Cassazione Penale relative ai mesi di gennaio e febbraio 2025. – 3.1 Le pronunce più rilevanti in tema di responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

1. L'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, n. 4166/2025 in materia di responsabilità datoriale per malattia professionale con riferimento all'evoluzione delle conoscenze mediche.

1.1 La massima.

Cass. civ., Sez. lav., Ord. 18 febbraio 2025 (ud. 23/01/2025), n. 4166 (Pres. Di Paolantonio, Est. Fedele)

Tutela della salute del lavoratore – Art. 2087 c.c. – Responsabilità del datore di lavoro – Tecnica – Esperienza – Specificità del lavoro – Natura dell'ambiente di lavoro – Rischi per la salute ineliminabili – Malattia professionale – Evoluzione delle conoscenze mediche e tecniche.

In tema di tutela della salute del lavoratore, l'art. 2087 cod. civ. non delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva del datore di lavoro, i cui obblighi, oltre a dover essere rapportati alle concrete possibilità della tecnica e dell'esperienza, vanno parametrati alle specificità del lavoro e alla natura dell'ambiente e dei luoghi in cui il lavoro deve svolgersi, particolarmente quando vengono in questione attività che per le loro intrinseche caratteristiche comportano dei rischi per la salute del lavoratore, ineliminabili, in tutto o in parte, dal datore di lavoro. Nello specifico, qualora l'insorgenza di una malattia professionale sia stata riconosciuta come legata a determinate mansioni, sulla base dell'evolversi delle conoscenze mediche e tecniche, soltanto a partire da un dato momento, per il periodo precedente non è configurabile una responsabilità datoriale ai sensi dell'art. 2087 c.c.

1.2 La vicenda giudiziaria.



La vicenda giudiziaria in commento prende le mosse dal caso di una dipendente del Comune di Venezia, che dal 1992 al 2016 aveva svolto le mansioni di educatrice di asilo nido. In seguito, la lavoratrice, per una riscontrata inidoneità a dette mansioni, era stata inquadrata come impiegata amministrativa.

La dipendente aveva, quindi, adito il Tribunale di Venezia per ottenere il risarcimento dei danni per la violazione di norme di sicurezza tipiche e, più in generale, dell'obbligo prevenzionale di cui all'art. 2087 c.c., lamentando di aver sviluppato una malattia professionale (sofferenza discale lombare con lieve rigidità rachidea) nello svolgimento delle mansioni di operatrice di asilo nido, patologia riconosciuta di origine professionale da parte dell'INAIL.

La domanda era stata accolta dal giudice di prime cure, per poi essere rigettata in sede di impugnazione: infatti, la Corte d'Appello di Venezia aveva accolto il gravame proposto dal Comune di Venezia, ritenendo che il Comune avesse adottato tutti i comportamenti e le cautele che la tecnica e la scienza suggerivano nel momento storico in cui era insorta la malattia professionale, considerato che dalle risultanze di causa era emerso che l'ente avesse avuto conoscenza di un possibile rischio specifico soltanto a far data dal 2007.

Prima di tale data, di conseguenza, non era configurabile un obbligo di sicurezza di questo tipo in capo al Comune, trattandosi di carichi inferiori ai limiti di legge e di movimenti per i quali non esistevano prescrizioni specifiche.

A partire dal 2007, invece, la lavoratrice, che aveva seguito corsi di sicurezza, era stata sottoposta a sorveglianza sanitaria specifica e periodica. Il Comune aveva, poi, provato di aver provveduto a sostituire gli arredi con altri nuovi ed ergonomici, sicché poteva escludersi l'imputabilità al datore di lavoro della patologia in menzione, peraltro di natura multifattoriale, avendo lo stesso posto in essere tutto "quanto richiedibile" per prevenirla.

Avverso la sentenza di secondo grado, la lavoratrice ricorrente ha proposto cinque motivi di gravame.

Con il primo motivo di ricorso si censura la sentenza impugnata ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, per avere la Corte di merito erroneamente escluso l'esistenza di dati scientifici o epidemiologici aventi ad oggetto la nocività dell'attività lavorativa delle educatrici di asili nido e, quindi, la conoscibilità del rischio prima del 2007.

Con il secondo motivo si deduce, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione dell'art. 2087 c.c., anche in relazione all'art. 115 c.p.c., per avere il Giudice di secondo grado erroneamente escluso la violazione dell'obbligo di sicurezza da parte del Comune di Venezia. In particolare, si addebita alla Corte territoriale di avere male interpretato tale "norma di chiusura" del sistema perché, pur dando atto della intrinseca nocività posturale delle mansioni svolte, non ha individuato la responsabilità del Comune per non aver posto in



essere le misure atte a prevenire la patologia, anche prima del 2007, visto che la letteratura scientifica aveva individuato nella movimentazione dei carichi e nelle posture incongrue fattori di rischio specifici.

Con il terzo motivo si deduce, sempre ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione dell'art. 2087 c.c., in combinato disposto con gli artt. 3,21,22,47,48,49 ed all. VI del d.lgs. n. 626/1994 e con l'art. 4 del D.P.R. n. 547/1955, per non avere la Corte distrettuale applicato tale disciplina sin dalla sua entrata in vigore alla stregua dell'assunto, errato, che prima del 2007 non era configurabile un obbligo di sicurezza di questo tipo in capo al Comune; al contrario, se le mansioni erano di per sé nocive, come evidenziato dal c.t.u., dovevano applicarsi quantomeno le disposizioni del d.lgs. n. 626/1994 che si riferiscono (art. 47) alle attività che comportano movimentazione manuale dei carichi con obbligo di informazione, di sorveglianza sanitaria e di predisposizione del documento di valutazione dei rischi, anche precedentemente al 2007.

Con il quarto motivo si deduce, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la nullità della sentenza per violazione degli artt. 132, n. 4, e 115 c.p.c., per avere la Corte d'Appello disatteso gli elementi di prova proposti dalle parti, esprimendo una motivazione illogica ed apparente circa la pretesa insussistenza della colpa in capo al Comune di Venezia.

Infine, con il quinto motivo di ricorso si prospetta, *ex art.* 360, n. 4, c.p.c., la violazione o falsa applicazione dell'art. 2087 c.c., in relazione agli artt. 1176 e 1218 c.c. ed agli artt. 32 e 41 Cost., per avere la Corte d'Appello escluso la configurabilità di un obbligo di sicurezza da parte del Comune nel periodo antecedente al 2007: secondo la ricorrente il Comune di Venezia non avrebbe dimostrato che l'adempimento dell'obbligo di sicurezza non fosse esigibile, essendo adottabili, già prima del 2007, misure organizzative tecniche conoscibili e attuabili alla luce dei progressi della scienza e della tecnologia ergonomica.

La Corte di Cassazione ha ritenuto inammissibile il ricorso e ha confermato la sentenza della Corte d'Appello di Venezia n. 26/2024 depositata il 29 febbraio 2024, compensando integralmente tra le parti le spese del giudizio.

1.3 Il principio di diritto espresso nella pronuncia.

La pronuncia oggetto di commento, analizzando il tema della responsabilità datoriale *ex art.* 2087 c.c., chiarisce il principio da applicare alla particolare ipotesi per cui era causa. Si tratta del caso in cui l'insorgenza di una malattia professionale sia stata riconosciuta come legata a determinate mansioni, sulla base dell'evolversi delle conoscenze mediche e tecniche, soltanto a partire da un dato momento. L'interrogativo è, quindi, se, con riferimento al periodo precedente a tale scoperta, il datore di lavoro possa essere ritenuto responsabile ai sensi dell'art. 2087 c.c., per non aver messo in atto almeno le misure di sicurezza innominate o atipiche, comunque richieste a norma del citato articolo.



In via preliminare, la Corte ricorda che in materia di tutela della salute del lavoratore, l'art. 2087 c.c. non delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva del datore di lavoro, i cui obblighi, oltre a dover essere rapportati alle concrete possibilità della tecnica e dell'esperienza, vanno parametrati alle specificità del lavoro e alla natura dell'ambiente e dei luoghi in cui il lavoro deve svolgersi, particolarmente quando vengono in questione attività che per loro intrinseche caratteristiche (svolgimento all'aperto, in ambienti sotterranei, in gallerie, in miniera, ecc.) comportano dei rischi per la salute del lavoratore (collegati alle intemperie, all'umidità degli ambienti, alla loro temperatura, ecc.), ineliminabili, in tutto o in parte, dal datore di lavoro.

Rispetto a detti lavori - comportanti una necessaria accettazione del rischio alla salute del lavoratore, legittimata sulla base del principio del bilanciamento degli interessi - non è configurabile una responsabilità del datore di lavoro, se non nel caso in cui questi, con comportamenti specifici ed anomali, da provarsi di volta in volta da parte del soggetto interessato, determinino un aggravamento del tasso di rischio e di pericolosità ricollegato indefettibilmente alla natura dell'attività che il lavoratore è chiamato a svolgere.

Ciò premesso, con specifico riferimento al fatto per cui è causa, i giudici escludono una responsabilità del datore di lavoro *ex art. 2087 c.c.*, anche in merito ad un eventuale obbligo di predisposizione di misure di sicurezza atipiche. La soluzione individuata viene motivata in virtù del fatto che nel periodo precedente al 2007 non era stato ancora acclarato dalla scienza medica il rischio specifico connesso alle mansioni solitamente svolte dalle educatrici.

In tal modo, dunque, la Corte di Cassazione spiega che, qualora l'insorgenza di una malattia professionale sia stata riconosciuta come legata a determinate mansioni, sulla base dell'evolversi delle conoscenze mediche e tecniche, soltanto a partire da tale momento, ma non per il periodo precedente, è configurabile una responsabilità datoriale ai sensi dell'art. 2087 c.c.

1.4 I precedenti giurisprudenziali sul tema.

L'ordinanza in commento si inserisce nel già consolidato filone giurisprudenziale sulla materia della tutela della salute e sicurezza del lavoratore, che chiarisce la portata degli obblighi in capo al datore di lavoro per effetto dell'art. 2087 c.c. e del d.lgs. n. 81/2008. Più precisamente, la giurisprudenza si è pronunciata sotto due punti di vista principali: la natura della responsabilità datoriale in tema di sicurezza sul lavoro e la portata delle misure innominate; il concetto di massima sicurezza tecnologica.

In merito al primo, la Suprema Corte ha affermato che l'art. 2087 c.c. non introduce un'ipotesi di responsabilità oggettiva del datore di lavoro e che gli obblighi da esso derivanti devono essere rapportati alle concrete possibilità della tecnica e dell'esperienza e vanno parametrati alle specificità del lavoro e alla natura dell'ambiente e dei luoghi in cui il lavoro deve svolgersi, particolarmente quando vengono in questione attività che per le loro



intrinseche caratteristiche determinano dei rischi per la salute del lavoratore (v. da ultimo Cass. civ., Sez. lav., 25 gennaio 2021, n. 1509).

Di conseguenza, il datore di lavoro deve predisporre a tutela della sicurezza del lavoratore non soltanto le misure prescritte dal legislatore che rappresentano lo “standard” minimale, ma anche tutte quelle che siano praticate normalmente o, in concreto, siano richieste dalla specificità del rischio connesso all’attività lavorativa, la cui prova liberatoria, correlata alla diligenza esigibile, è a carico della parte datoriale che dovrà provare di aver adottato tutte quelle cautele che, benché non dettate dalla legge, siano consigliate dalle conoscenze sperimentali e tecniche o dai livelli di sicurezza normalmente osservati (v. Cass. civ., Sez. lav., 17 maggio 2024, n. 13763; Cass. civ., Sez. lav., 10 novembre 2022, n. 33239; Cass. civ., Sez. VI, 07 dicembre 2021, n. 38835; Corte app. Roma, Sez. lav., 07 luglio 2020, n. 1101; Cass. civ., Sez. lav., 26 luglio 2019, n. 20364; in dottrina cfr. M. LANOTTE, *Profili evolutivi dell’obbligo di sicurezza nell’elaborazione giurisprudenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, 1, p. 127; M. CASOLA, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 1, 99 ss.; P. TULLINI, *Tutela civile e penale della sicurezza del lavoro: principi, categorie e regole probatorie a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 3, p. 727 ss.; P. LAMBERTUCCI, *L’obbligazione di sicurezza del datore di lavoro tra responsabilità civile e tutela precauzionale: un possibile ruolo della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 3, p. 259 ss.).

Tali principi trovano conferma anche nella giurisprudenza di merito (v. Trib. Alessandria, Sez. lav., 08 gennaio 2018, n. 1; Trib. Monza, Sez. lav., 12 maggio 2009, n. 241), secondo cui la misura di sicurezza che è tenuto ad adottare il datore, affinché possa escludersi una responsabilità *ex art.* 2087 c.c., deve considerarsi esigibile sulla base degli standard di sicurezza suggeriti dalle conoscenze del tempo e di normale adozione nel settore.

Con specifico riferimento alle conoscenze mediche, la Corte di Cassazione aveva già ribadito che la responsabilità datoriale non sussiste ove il nesso causale tra l’uso di una sostanza e la patologia professionale non fosse configurabile allo stato delle conoscenze scientifiche dell’epoca, sicché non poteva prospettarsi l’adozione di adeguate misure precauzionali (v. Cass. civ., Sez. lav., 23 settembre 2010, n. 20142).

Sul tema, tuttavia, si rinvencono pronunce di segno opposto, nelle quali si precisa che l’assenza di conoscenze scientifiche circa la nocività di talune sostanze non è sufficiente per esonerare il datore di lavoro da responsabilità, tenuto conto della concreta realtà aziendale e della sua maggiore o minore possibilità di indagare l’esistenza di fattori di rischio in un determinato momento storico (Cass. civ., Sez. lav., 10 ottobre 2024, n. 26390).

In merito al secondo punto, ovvero il concetto di massima sicurezza tecnologica, la pronuncia oggetto di analisi si inserisce nel dibattito giurisprudenziale riferito all’interpretazione del criterio della tecnica *ex art.* 2087 c.c.: infatti, esistono diversi approcci in merito al principio di “massima sicurezza tecnologica”.



Il primo, quello della “massima sicurezza tecnologicamente possibile”, sostiene che il datore di lavoro debba sempre adottare tutte le misure di prevenzione suggerite dalle tecnologie più avanzate disponibili in un dato momento (v. *ex plurimis* Cass. pen., Sez. IV, 16 giugno 1995 n. 6944; Cass. pen., Sez. III, 13 ottobre 1995, n. 11333; tra l’altro recentemente ancora avallata da una parte minoritaria della giurisprudenza di merito, v. Trib. Teramo, Sez. lav., 19 agosto 2019, n. 157; Trib. Teramo, Sez. lav., 05 luglio 2019, n. 29; Cass. civ., 11 aprile 2007, n. 8710, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1107 ss., con nota di P. ALBI, *Sugli obblighi del datore di lavoro in tema di dispositivi di protezione individuale*. In dottrina A. PERULLI, «Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo di Covid-19, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 2, p. 299 ss.).

Il secondo, invece, si basa sul criterio della “massima sicurezza ragionevolmente praticabile”, secondo cui l’obbligo del datore di lavoro si limita all’adozione delle precauzioni generalmente applicate nel settore, tenendo conto anche delle esigenze economico-produttive dell’azienda (v. Cass. pen., Sez. IV, 14 gennaio 2016, n. 3616; Cass. pen., Sez. IV, del 19 ottobre 2006, n. 41944; Cass. pen., Sez. IV, del 26 settembre 2005, n. 43095; Cass. pen., Sez. IV, del 26 aprile 2000, n. 7402).

Infine, il terzo poggia sul concetto della “massima sicurezza disponibile”, in virtù del quale il datore di lavoro è tenuto a implementare le misure di prevenzione messe a disposizione dai progressi tecnici, senza, però, dover sviluppare autonomamente nuove soluzioni o sperimentare tecnologie all’avanguardia (v. Cass. civ., Sez. lav., 13 aprile 2015, n. 7405; *contra* Cass. civ., Sez. lav., 10 ottobre 2024, n. 26390, cit.). Proprio quest’ultima interpretazione sembra essere valorizzata e accolta nell’ordinanza oggetto di commento.

2. Il repertorio delle più importanti pronunce della Corte di Cassazione Civile, Sezione Lavoro, relative ai mesi di gennaio e febbraio 2025.

Cass. civ., Sez. Lav., Ord. 4 gennaio 2025 (ud. 6/11/2024), n. 123 (Pres. Doronzo, Est. Buffa)

Mobbing – Insussistenza dell’intento persecutorio – Responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. – Ambiente stressogeno – Comportamenti non illegittimi che inducono disagi o stress – Pregiudizio per la personalità e la salute.

In tema di responsabilità del datore di lavoro per danni alla salute del dipendente, anche ove non sia configurabile una condotta di “mobbing”, per l’insussistenza di un intento persecutorio idoneo ad unificare la pluralità continuata di comportamenti pregiudizievoli, è ravvisabile la violazione dell’art. 2087 c.c. nel caso in cui il datore di lavoro consenta, anche colposamente, il mantenersi di un ambiente stressogeno fonte di danno alla salute dei lavoratori ovvero ponga in essere comportamenti, anche in sé

non illegittimi, ma tali da poter indurre disagi o stress, che si manifestino isolatamente o invece si connettano ad altri comportamenti inadempienti, contribuendo ad inasprirne gli effetti e la gravità del pregiudizio per la personalità e la salute latamente intesi. Un ambiente lavorativo stressogeno è configurabile come fatto ingiusto, suscettibile di condurre anche al riesame di tutte le altre condotte datoriali allegate come vessatorie, ancorché apparentemente lecite o solo episodiche, in quanto la tutela del diritto fondamentale della persona del lavoratore trova fonte direttamente nella lettura, costituzionalmente orientata, dell'art. 2087 c.c.

Cass. civ., Sez. Lav., Ord. 7 gennaio 2025 (ud. 5/12/2024), n. 170 (Pres. Patti, Est. Amendola)

Lavoratore disabile – Licenziamento per superamento del periodo di comportamento – Applicazione dell'ordinario periodo di comportamento – Rischi di maggiore morbilità – Discriminazione indiretta – Accorgimenti ragionevoli – Comportamento per i lavoratori disabili – Contrattazione collettiva.

In tema di licenziamento, costituisce discriminazione indiretta l'applicazione dell'ordinario periodo di comportamento previsto per il lavoratore non disabile al lavoratore che si trovi in condizione di disabilità secondo il diritto dell'Unione, perché la mancata considerazione dei rischi di maggiore morbilità dei lavoratori disabili, proprio in conseguenza della disabilità, trasmuta il criterio, apparentemente neutro, del computo dello stesso periodo di comportamento in una prassi discriminatoria nei confronti del particolare gruppo sociale protetto in quanto in posizione di particolare svantaggio; la conoscenza dello stato di disabilità del lavoratore – o la possibilità di conoscerlo secondo l'ordinaria diligenza – da parte del datore di lavoro fa sorgere l'onere datoriale – a cui non può corrispondere un comportamento ostruzionistico del lavoratore – di acquisire, prima di procedere al licenziamento, informazioni circa l'eventualità che le assenze per malattia del dipendente siano connesse allo stato di disabilità, al fine di individuare possibili accorgimenti ragionevoli imposti dall'art. 3, comma 3-bis, d.lgs. n. 216/2003. Peraltro, si avverte l'esigenza che la contrattazione collettiva, in modo esplicito, disciplini la questione del comportamento per i lavoratori disabili avendo riguardo alla condizione soggettiva, non risultando di per sé sufficiente il rilievo dato alle ipotesi di assenze determinate da particolari patologie e connotate da una certa gravità.

Cass. civ., Sez. Lav., Sent. 10 gennaio 2025 (ud. 27/11/2024), n. 605 (Pres. Manna, Est. Michelini)

Disabilità – Parità di trattamento dei disabili – Individuazione di soluzioni ragionevoli – Accomodamento organizzativo – Assenza di oneri finanziari sproporzionati – Contemperamento di interessi.



In tema di tutela contro la discriminazione sulla base della disabilità, la necessaria considerazione dell'interesse protetto dei lavoratori disabili, in bilanciamento con legittime finalità di politica occupazionale, postula l'applicazione del principio dell'individuazione di soluzioni ragionevoli per assicurare il principio di parità di trattamento dei disabili, garantito dall'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, ovvero degli accomodamenti ragionevoli di cui alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, alla cui luce vanno interpretate le direttive normative antidiscriminatorie UE.

*(Nel caso di specie, il ragionevole accomodamento organizzativo che, senza comportare oneri finanziari sproporzionati, sia idoneo a temperare, in nome dei principi di solidarietà sociale, buona fede e correttezza, l'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente alla sua condizione psico-fisica con quello del datore a garantirsi una prestazione lavorativa utile all'impresa, è stato individuato nella soluzione dello *smart working* dall'abitazione).*

Obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli – Violazione – Discriminazione diretta.

La violazione dell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli costituisce violazione di doveri imposti per rimuovere gli ostacoli che impediscono ad una persona con disabilità di lavorare in condizioni di parità con gli altri lavoratori, realizzando così una discriminazione diretta.

Accomodamenti ragionevoli – Sede negoziale – Individuazione del giudice di merito.

Gli accomodamenti ragionevoli possono realizzarsi in sede negoziale ma, in mancanza di accordo, la soluzione del caso concreto è individuata dal giudice di merito.

Cass. civ., Sez. Lav., Ord. 17 gennaio 2025 (ud. 5/12/2024), n. 1225 (Pres. Patti, Est. Panariello)

Superamento del periodo di comporto – Computo delle assenze del lavoratore – Infortunio sul lavoro – Malattia professionale – Fattori di nocività – Ambiente di lavoro – Responsabilità del datore di lavoro – Inadempienza – Obbligazione contrattuale – Art. 2087 cod. civ.

Nel licenziamento per superamento del periodo di comporto la computabilità delle assenze del lavoratore dovute ad infortunio sul lavoro o a malattia professionale nel periodo di comporto è da escludere in tutte le ipotesi in cui l'infortunio sul lavoro o la malattia professionale non solo abbiano avuto origine in fattori di nocività insiti nelle modalità di esercizio delle mansioni e comunque presenti nell'ambiente di



lavoro, e siano pertanto collegate allo svolgimento dell'attività lavorativa, ma altresì quando il datore di lavoro sia responsabile di tale situazione nociva e dannosa, per essere egli inadempiente all'obbligazione contrattuale a lui facente carico ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., norma che gli impone di adottare le misure necessarie - secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica - per la tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore. In tutte queste ipotesi l'impossibilità della prestazione lavorativa è imputabile al comportamento della stessa parte (datore di lavoro) cui detta prestazione è destinata.

Cass. civ., Sez. Lav., Ord. 30 gennaio 2025 (ud. 17/12/2024), n. 2153 (Pres. Patti, Est. Amendola)

Idoneità al lavoro con limitazioni/prescrizioni – Medico competente – Rifiuto di eseguire la prestazione – Buona fede – Entità dell'inadempimento datoriale – Esigenze di vita e familiari – Stato di salute.

In caso di accertata idoneità al lavoro con limitazioni/prescrizioni da parte del medico competente, ai sensi dell'art. 1460 comma 2, c.c., il lavoratore può rifiutarsi di eseguire la prestazione a proprio carico, sempre che tale rifiuto non risulti contrario a buona fede, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto; circostanze del caso, quali la "entità dell'inadempimento datoriale in relazione al complessivo assetto di interessi regolato dal contratto" ovvero la "concreta incidenza del detto inadempimento datoriale su fondamentali esigenze di vita e familiari del lavoratore", inevitabilmente demandate all'apprezzamento dei giudici del merito. In tal senso, il lavoratore non deve rivolgersi a un giudice ovvero al medico competente prima di attivare il disposto dell'art. 1460 comma 2, c.c.

(Nel caso di specie, il lavoratore si era rifiutato di eseguire la prestazione essendo a rischio il suo stato di salute per la condizione di handicap con gravi limitazioni di deambulazione).

Cass. civ., Sez. Lav., Ord. 12 febbraio 2025 (ud. 11/12/2024), n. 3609 (Pres. Leone, Est. Michelini)

Violazione dell'obbligo di sicurezza – Inadempimento – Rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione – Diritto alla retribuzione – Attività ferroviarie – Fattispecie: rifiuto di rendere la prestazione con la modalità Agente Solo – Prestazione pericolosa.

In caso di violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., è legittimo, a fronte dell'inadempimento altrui, il rifiuto del lavoratore di eseguire la propria prestazione, conservando, al contempo, il diritto alla retribuzione in quanto non possono derivargli conseguenze sfavorevoli in ragione della condotta inadempiente del datore.



(Nel caso di specie, è stato precisato che l'art. 51 del CCNL Attività ferroviarie non è stato in concreto violato se il lavoratore, conducente di treno, si è avvalso della facoltà di rifiutare di rendere la prestazione con la modalità Agente Solo sul rilievo che la prestazione avrebbe potuto essere pericolosa, essendo sufficiente la prospettazione dell'idoneità lesiva della prestazione resa per i rischi per la sicurezza del personale viaggiante non adeguatamente fronteggiabili con i dispositivi di sicurezza apprestati).

Cass. civ., Sez. Lav., Ord. 17 febbraio 2025 (ud. 9/01/2025), n. 4092 (Pres. Doronzo, Est. Rivero)

Accertamento incidentale in sede civile – Reato – Danno cd. differenziale – Azione di regresso dell'Inail – Responsabilità contrattuale – Elemento soggettivo.

La disciplina prevista dagli artt. 10 e 11 del D.P.R. n. 1124/1965 deve essere interpretata nel senso che l'accertamento incidentale in sede civile del fatto che costituisce reato, sia nel caso di azione proposta dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno cd. differenziale, sia nel caso dell'azione di regresso proposta dall'Inail, deve essere condotto secondo le regole comuni della responsabilità contrattuale, anche in ordine all'elemento soggettivo della colpa ed al nesso causale fra fatto ed evento dannoso.

Nesso causale – Equivalenza delle cause – Azione dannosa – Aggravamento degli effetti – Risarcimento del danno – Fattori di rischio – Antecedenti causali della malattia – Concausalità – Fattore estraneo all'attività lavorativa e/o all'ambiente lavorativo – Esposizione all'amianto – Malattia professionale.

La disciplina del nesso causale, per ogni settore del diritto, è regolata dal principio di equivalenza delle cause (artt. 40 e 41 c.p.); per cui, al fine di ricostruire il legame causale, occorre tener conto di qualsiasi fattore, anche indiretto, remoto o di minore spessore, sul piano eziologico, che abbia concretamente cooperato a creare nel soggetto una situazione tale da favorire comunque l'azione dannosa di altri fattori o ad aggravarne gli effetti, senza che possa riconoscersi rilevanza causale esclusiva soltanto ad uno dei fattori che abbiano operato nella serie causale. Conseguente che, in tema di risarcimento del danno, una volta accertata la presenza di uno dei fattori di rischio che scientificamente si pongono come idonei antecedenti causali della malattia, prima, e del decesso, poi, va affermata la sussistenza del nesso di causalità tra quel fattore di rischio e la malattia e quindi il decesso, anche eventualmente in termini di concausalità, in presenza della non occasionale esposizione all'agente patogeno, di determinate modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, dell'assenza di strumenti di protezione individuale, salvo che sussista altro fattore, estraneo all'attività lavorativa e/o all'ambiente lavorativo, da solo idoneo a



determinare la malattia e/o, poi, il decesso. Pertanto, solo qualora possa ritenersi con certezza che l'intervento di un fattore estraneo all'attività lavorativa sia stato di per sé sufficiente a produrre l'infermità che ha portato al decesso il lavoratore deve escludersi l'esistenza del nesso eziologico richiesto dalla legge; mentre per contro va negato che la modesta efficacia del fattore professionale sia sufficiente ad escludere l'operatività del principio di equivalenza causale.

(Nel caso di specie, viene chiarito che chi sia stato esposto all'amianto per motivi professionali (anche soltanto ambientali) ha diritto di vedersi riconosciuta l'origine professionale della malattia, quand'anche nel giudizio risultino altre esposizioni o altre condizioni di confondimento (ambientali o legate ad altri fattori extraprofessionali) che non assurgano, però, al ruolo di fattori alternativi di tipo esclusivo).

Tlv – Valori limite di esposizione agli agenti chimici – Protezione dalle polveri – Superamento dei limiti – Concentrazioni atmosferiche – Parametri quantitativi – Abbattimento delle concentrazioni – Soglie d'allarme – Malattia dose dipendente – Esposizione nel corso del tempo.

In tema di tlv (valori limite di esposizione agli agenti chimici) va rilevato che, come risulta dalla stessa lettura dell'art. 21 D.P.R. n. 303/1956, la norma non richieda alcun superamento di limiti per l'adozione delle misure di prevenzione prescritte stante che l'obbligo di prevenzione contro gli agenti chimici scatta a carico del datore di lavoro pur quando le concentrazioni atmosferiche non superino determinati parametri quantitativi, ma risultino comunque tecnologicamente passibili di ulteriore abbattimento. Più precisamente, i valori limite devono intendersi come soglie d'allarme il cui superamento - fermo restando il dovere di attuare sul piano oggettivo le misure tecniche, organizzative e procedurali concretamente realizzabili per eliminare o ridurre al minimo i rischi - comporta l'avvio di un'ulteriore e complementare attività di prevenzione per proteggere alcuni lavoratori particolarmente esposti e per agire sui tempi di esposizione, in modo da favorire il rapido rientro in limiti meno rischiosi. Conseguenza che i tlv non hanno alcun rilievo ai fini della colpa; e ne hanno ancora meno ai fini del nesso di causa in una malattia che è definita dose dipendente nel senso che conta l'intensità delle dosi che si accumulano nell'organismo soprattutto in ragione della durata dell'esposizione nel corso del tempo.

3. Il repertorio delle più importanti pronunce della Corte di Cassazione Penale relative ai mesi di gennaio e febbraio 2025.

Cass. pen., Sez. 3°, Sent. 10 gennaio 2025 (ud. 2/10/2024), n. 1030 (Pres. Sarno, Est. Gentili)



Esecuzione di lavori edili – Protezione del capo del lavoratore – Casco – Opere in ambiente chiuso – Opere a cielo aperto – Parte vulnerabile del corpo umano.

L'esecuzione di lavori edili rientra fra le attività che necessitano della predisposizione di un'adeguata protezione del capo del lavoratore, attraverso l'utilizzo di un casco, anche a prescindere dalla circostanza che le opere si svolgano in ambiente chiuso ovvero a "cielo aperto", atteso che il pericolo che in tale modo si tende a preservare non è solamente quello connesso alla caduta di un grave dall'alto (circostanza che, peraltro, non è da escludersi anche laddove le opere si svolgano a "cielo aperto" ove si immagini la frequente movimentazione di materiali edili e di macchinari attraverso le "gru" impiegate nell'edilizia anche, se non soprattutto, in spazi "aperti") ma è riferito a qualunque tipo di accidente che la realizzazione di tali opere, in se generalmente fonte di pericoli, può determinare a carico di una parte particolarmente vulnerabile del corpo umano. Con riferimento alle lavorazioni a "cielo aperto", l'utilizzo di strumenti a protezione del capo è previsto anche in relazione ai rischi connessi alla sua prolungata esposizione ai raggi del sole.

Cass. pen., Sez. 4°, Sent. 17 gennaio 2025 (ud. 10/12/2024), n. 2032 (Pres. Di Salvo, Est. Pezzella)

Infortuni sul lavoro – Responsabilità del datore di lavoro – Comportamento negligente del lavoratore – Insufficienza di cautele – Neutralizzazione del rischio.

In tema di infortuni sul lavoro, non vale a escludere la responsabilità del datore di lavoro il comportamento negligente del lavoratore infortunato che abbia dato occasione all'evento, quando questo sia da ricondurre comunque all'insufficienza di quelle cautele che, se adottate, sarebbero valse a neutralizzare proprio il rischio derivante dal richiamato comportamento imprudente.

Condotta abnorme – Condotta idonea ad escludere il nesso di causalità – Rischio eccentrico o esorbitante – Prevedibilità da parte del datore di lavoro – Governo del rischio – Efficienza e sicurezza del mezzo di lavoro – Misure prevenzionistiche di manutenzione del mezzo.

La condotta del lavoratore può ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo, non tanto ove sia imprevedibile, quanto, piuttosto, ove sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia, oppure ove sia stata posta in essere del tutto autonomamente e in un ambito estraneo alle mansioni affidategli e, come tale, al di fuori di ogni prevedibilità da parte del datore di lavoro, oppure vi rientri, ma si sia tradotta in qualcosa che, radicalmente quanto ontologicamente, esuli



da ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro. E in ogni caso perché possa ritenersi che il comportamento negligente, imprudente e imperito del lavoratore, pur tenuto in esplicitazione delle mansioni allo stesso affidate, costituisca concretizzazione di un “rischio eccentrico”, con esclusione della responsabilità del garante, è necessario che questi abbia posto in essere anche le cautele che sono finalizzate proprio alla disciplina e governo del rischio del comportamento imprudente.

(Nel caso di specie, la condotta dell’infortunato, il quale si era avvicinato alla ruota per capire quale fosse la causa del fumo che aveva intravisto dallo specchietto retrovisore, non era idonea ad assumere valenza interruttiva del nesso di causalità tra il verificarsi del danno e la responsabilità del titolare della posizione di garanzia, in presenza di una situazione di rischio accettata dal titolare della posizione di garanzia, il quale era venuto meno all’obbligo di assicurare lo stato di efficienza e sicurezza del mezzo di lavoro, proprio perché l’interruzione del nesso di condizionamento a causa del comportamento imprudente del lavoratore richiede che la sua condotta si collochi al di fuori dell’area di rischio definita dalla lavorazione in corso. In tal senso, il rischio era governabile dal datore di lavoro e in effetti superabile con la dovuta adozione delle misure prevenzionistiche di manutenzione del mezzo).

Cass. pen., Sez. 4°, Sent. 17 gennaio 2025 (ud. 9/01/2025), n. 2036 (Pres. Piccialli, Est. Vignale)

Infortuni sul lavoro – Reati omissivi colposi – Più titolari della posizione di garanzia – Obbligo giuridico di impedire l’evento – Mancato intervento di un soggetto – Concorso di cause – Sommatoria delle condotte omissive – Appalti – Cantieri edili – Committente.

In tema di reati omissivi colposi in materia di prevenzione degli infortuni sui luoghi di lavoro, se vi sono più titolari della posizione di garanzia, ciascuno è, per intero, destinatario dell’obbligo giuridico di impedire l’evento. Quando tale obbligo giuridico ricade su più persone che debbano intervenire o intervengano in tempi diversi, il nesso di causalità tra la condotta omissiva o commissiva del titolare di una posizione di garanzia e l’evento non viene meno a fronte di una situazione di rischio per i lavoratori riconducibile al mancato intervento di altro soggetto, parimenti destinatario dell’obbligo di impedimento, configurandosi, in tale ipotesi, un concorso di cause ai sensi dell’art. 41, comma primo, cod. pen. Più in generale, quando un evento sia determinato dalla sommatoria delle condotte omissive ascrivibili a diversi garanti, intervenuti in tempi diversi, è configurabile il nesso causale tra l’evento e ciascuna delle riscontrate omissioni, essendo ognuna di esse essenziale alla sua produzione. Con specifico riferimento agli appalti che riguardano cantieri edili, i doveri relativi alla sicurezza dei lavoratori gravanti sul committente non elidono la posizione di garanzia comunque riconducibile al datore di lavoro, quale primo destinatario della stessa nei confronti dei propri dipendenti, allorquando, anche a



fronte di competenze altrui, egli destini gli stessi a mansioni oggettivamente pericolose in ragione del generale contesto in cui esse si svolgono.

Cass. pen., Sez. 4°, Sent. 29 gennaio 2025 (ud. 30/10/2024), n. 3715 (Pres. Bellini, Est. Lauro)

Contratto d'appalto – Prestazione d'opera – Dovere di sicurezza – Corresponsabilità – Capacità organizzativa – Specificità dei lavori – Criteri di scelta dell'appaltatore – Ingerenza del committente nell'esecuzione dei lavori – Situazioni di pericolo.

Con riguardo ai lavori svolti in esecuzione di un contratto di appalto o di prestazione d'opera, il dovere di sicurezza è riferibile, oltre che al datore di lavoro (di regola l'appaltatore), anche al committente. Conseguentemente, la responsabilità dell'appaltatore non esclude quella del committente, che è corresponsabile qualora l'evento si ricollegi causalmente ad una sua omissione colposa. Nello specifico, l'affermazione della responsabilità del committente presuppone la verifica, in concreto, dell'incidenza della sua condotta nell'eziologia dell'evento, a fronte delle capacità organizzative della ditta scelta per l'esecuzione dei lavori, avuto riguardo alla specificità dei lavori da eseguire, ai criteri seguiti dallo stesso committente per la scelta dell'appaltatore o del prestatore d'opera, alla sua ingerenza nell'esecuzione dei lavori oggetto di appalto o del contratto di prestazione d'opera, nonché alla agevole ed immediata percepibilità da parte del committente di situazioni di pericolo.

Cass. pen., Sez. 3°, Sent. 19 febbraio 2025 (ud. 10/12/2024), n. 6775 (Pres. Di Nicola, Est. Di Stasi)

Infortuni sul lavoro – Responsabilità del datore di lavoro – Comportamento negligente del lavoratore – Insufficienza delle cautele – Neutralizzazione del rischio – Zona pericolosa – Divieto di accesso – Blocco della macchina – Impedimento dell'infortunio – Alta probabilità logica.

In tema di infortuni sul lavoro, non vale a escludere la responsabilità del datore di lavoro il comportamento negligente del lavoratore infortunato che abbia dato occasione all'evento, quando questo sia da ricondurre comunque all'insufficienza di quelle cautele che, se adottate, sarebbero valse a neutralizzare proprio il rischio derivante dal richiamato comportamento imprudente.

(Nel caso di specie, è stato evidenziato quanto segue: il divieto di accesso alla zona pericolosa non era stato formalizzato in nessun modo, né per iscritto né con apposita cartellonistica; non era possibile accertare se la scaletta esterna fosse stata installata dal costruttore del macchinario o dall'acquirente; la zona dell'infortunio risultava accessibile, sia pure attraverso un percorso



non privo di ostacoli e solo successivamente alla verifica dell'infortunio erano stati collocati due cancelletti: uno che impediva l'accesso alla zona della tramoggia, la cui apertura determinava il blocco della macchina e l'altro che impediva di accedere al percorso che conduceva alla zona dell'incidente e che poteva essere aperto solo con la rimozione di una serie di bulloni. È stato, poi, osservato che nella parte superiore della macchina vi erano organi lavorativi in movimento che, alla data dell'infortunio, non erano completamente segregati e ad essi, sia pure con difficoltà, era possibile accedere, in mancanza di ripari che li rendessero del tutto inaccessibili e che impedissero il funzionamento della macchina qualora un addetto avesse acceduto alla parte superiore. È stato, quindi, rilevato che, pur considerato che il lavoratore aveva tenuto una condotta imprudente, gli imputati non avevano posto in essere tutte le cautele necessarie finalizzate alla disciplina ed al governo del rischio di comportamento imprudente e che, con alta probabilità logica il comportamento alternativo lecito omesso dagli imputati (installazione dei due cancelletti che avrebbero reso difficile l'accesso alla zona pericolosa e, comunque, bloccato il funzionamento della macchina) avrebbe impedito l'infortunio).

Cass. pen., Sez. 4°, Sent. 24 febbraio 2025 (ud. 18/02/2025), n. 7489 (Pres. Ferranti, Est. Cenci)

Lavoratore non formato – Responsabilità dei superiori – Obblighi di informazione e formazione – Colpa specifica – Negligenza del lavoratore – Condotte imprudenti – Inadempienza degli obblighi formativi.

In materia di sicurezza sul lavoro, la eventuale disattenzione di un lavoratore che non è stato formato non vale ad esonerare da responsabilità i suoi superiori, poiché il datore di lavoro che non adempie agli obblighi di informazione e formazione gravanti su di lui e sui suoi delegati risponde, a titolo di colpa specifica, dell'infortunio dipeso dalla negligenza del lavoratore il quale, nell'espletamento delle proprie mansioni, ponga in essere condotte imprudenti, trattandosi di conseguenza diretta e prevedibile della inadempienza degli obblighi formativi.

(Nel caso di specie, rileva l'omessa formazione specifica dell'infortunato e la disposizione impartita da Cr.Lo (preposto) alla persona offesa, non in grado di utilizzare l'apparecchio).

3.1 Le pronunce più rilevanti in tema di responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

Cass. pen., Sez. 4°, Sent. 23 gennaio 2025 (ud. 14/01/2025), n. 2768 (Pres. Ciampi, Est. Cappello)



Valutazione e previsione dei rischi – Sicurezza e salute dei lavoratori – DVR – Fattori di pericolo – Singola lavorazione – Ambiente di lavoro – Misure precauzionali – Obbligo datoriale – Delega a terzi – Verifica di adeguatezza e efficacia – Informazione e formazione dei lavoratori.

L'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008 pone al centro del sistema prevenzionistico lavorativo il momento della valutazione e della previsione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, previsione che spetta al datore di lavoro e deve essere completa, dovendo riguardare "tutti i rischi". Trattasi di norma che riempie di contenuto quella che pone l'obbligo datoriale per eccellenza, neppure delegabile, delineato all'art. 17, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 81/2008, quello cioè di redigere il documento di cui all'art. 28. Il datore di lavoro è tenuto a indicare, all'interno di tale documento, in modo specifico i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda, in relazione alla singola lavorazione o all'ambiente di lavoro e le misure precauzionali ed i dispositivi adottati per tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori. Trattandosi di un dovere fondamentale del sistema prevenzionistico, il conferimento a terzi della delega relativa alla redazione di suddetto documento non esonera il datore di lavoro dall'obbligo di verificarne l'adeguatezza e l'efficacia, di informare i lavoratori dei rischi connessi alle lavorazioni in esecuzione e di fornire loro una formazione sufficiente ed adeguata.

Comportamento negligente, imprudente e imperito del lavoratore – Rischio eccentrico – Esclusione della responsabilità del garante – Cautele finalizzate al governo del rischio.

Il comportamento negligente, imprudente e imperito del lavoratore, anch'egli debitore, in esplicazione delle mansioni allo stesso affidate, di un obbligo di garanzia (art. 20 d.lgs. n. 81/2008), può costituire concretizzazione di un "rischio eccentrico", con esclusione della responsabilità del garante, soltanto allorquando questi abbia posto in essere anche le cautele che sono finalizzate a disciplinare e governare il rischio di comportamento imprudente, così che, solo in questo caso, l'evento verificatosi potrà essere ricondotto alla negligenza del lavoratore, piuttosto che al comportamento del garante.

Obbligo di vigilanza – Osservanza delle misure di prevenzione – Datore di lavoro – Soggetti preposti – Procedure di conoscenza – Vigilanza sul preposto – Prassi *contra legem* – Omicidio colposo aggravato – Violazione delle norme antinfortunistiche.

Il datore di lavoro può assolvere all'obbligo di vigilare sull'osservanza delle misure di prevenzione adottate attraverso la preposizione di soggetti a ciò deputati e la previsione di procedure che assicurino la conoscenza da parte sua delle attività lavorative effettivamente compiute e delle loro concrete modalità esecutive, in modo da garantire la persistente efficacia delle misure di prevenzione scelte a seguito della



valutazione dei rischi. Il datore di lavoro deve controllare che il preposto, nell'esercizio dei compiti di vigilanza affidatigli, si attenga alle disposizioni di legge e a quelle, eventualmente in aggiunta, impartitegli; ne consegue che, qualora nell'esercizio dell'attività lavorativa si instauri, con il consenso del preposto, una prassi contra legem, foriera di pericoli per gli addetti, in caso di infortunio del dipendente, la condotta del datore di lavoro che sia venuto meno ai doveri di formazione e informazione del lavoratore e che abbia omissso ogni forma di sorveglianza circa la pericolosa prassi operativa instauratasi, integra il reato di omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme antinfortunistiche.

Posizione di garanzia – No automatico addebito di responsabilità – Principio di colpevolezza – Violazione della regola cautelare – Prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso – Nesso causale – Reato colposo omissivo improprio – Giudizio di alta probabilità logica.

In presenza del verificarsi dell'evento, la titolarità di una posizione di garanzia non comporta un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del soggetto deputato a gestire il rischio, poiché il principio di colpevolezza impone la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione - da parte di costui - di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire, sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso. Con specifico riferimento al reato colposo, omissivo, improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma va verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che - ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi - l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Tale giudizio di alta probabilità logica, a sua volta, deve essere fondato, oltre che su un ragionamento di deduzione logica anche su un giudizio di tipo induttivo, elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto.

Responsabilità amministrativa degli enti – Natura della responsabilità dell'ente

Con riferimento alla responsabilità da reato degli enti, si tratta di un modello di responsabilità che, coniugando i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, ha finito con il configurare un tertium genus, compatibile con i principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza.

Responsabilità amministrativa degli enti – D.lgs. n. 231/2001 – Criteri di imputazione oggettiva – Interesse – Vantaggio – Reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica – Condotta del soggetto agente.

Quanto ai criteri di imputazione oggettiva della responsabilità dell'ente (l'interesse o il vantaggio di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001), essi sono alternativi e concorrenti tra loro, in quanto il primo esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile ex ante, cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo; il secondo ha una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile ex post, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito. Nel caso di responsabilità degli enti ritenuta in relazione a reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica, la colpa di organizzazione deve intendersi in senso normativo ed è fondata sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo, dovendo tali accorgimenti essere consacrati in un documento che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. I criteri di imputazione oggettiva di che trattasi vanno riferiti alla condotta del soggetto agente e non all'evento, in conformità alla diversa conformazione dell'illecito, essendo possibile che l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare, pur senza volerlo, per corrispondere ad istanze funzionali a strategie dell'ente. A maggior ragione vi è perfetta compatibilità tra inosservanza della prescrizione cautelare ed esito vantaggioso per l'ente.

Responsabilità amministrativa degli enti – D.lgs. n. 231/2001 – Criterio di imputazione oggettiva del vantaggio – Esiguo risparmio di spesa – Inosservanza anche non sistematica della cautele – Rilevanza.

Il criterio di imputazione oggettiva del vantaggio di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231/2001 è integrato anche da un esiguo, ma oggettivamente apprezzabile, risparmio di spesa, collegato all'inosservanza, pur non sistematica, delle cautele per la prevenzione degli infortuni riguardanti un'area rilevante di rischio aziendale. L'esiguità del risparmio di spesa derivante dall'omissione delle cautele dovute assume rilevanza per escludere la sussistenza del requisito oggettivo del vantaggio di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231/2001, a condizione che la violazione si iscriva in un contesto di generale osservanza delle norme antinfortunistiche da parte dell'impresa.

Cass. pen., Sez. 4°, Sent. 6 febbraio 2025 (ud. 6/12/2024), n. 4810 (Pres. Bellini, Est. Bellini)



Prevenzione antinfortunistica – Condotta abnorme – Nesso di causalità – Rischio eccentrico o esorbitante – Comportamento negligente, imprudente e imperito del lavoratore – Responsabilità del garante – Cautele finalizzate al governo del rischio – Rischio di cadute dall’alto.

In tema di prevenzione antinfortunistica, perché la condotta colposa del lavoratore possa ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l’evento lesivo, è necessario non tanto che essa sia imprevedibile, quanto, piuttosto, che sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia. Perché possa ritenersi che il comportamento negligente, imprudente e imperito del lavoratore, pur tenuto in esplicitazione delle mansioni allo stesso affidate, costituisca concretizzazione di un rischio eccentrico, con esclusione della responsabilità del garante, è necessario che questi abbia posto in essere anche le cautele che sono finalizzate proprio alla disciplina e al governo del rischio di comportamento imprudente, così che, solo in questo caso, l’evento verificatosi potrà essere ricondotto alla negligenza del lavoratore, piuttosto che al comportamento del garante.

(Nel caso di specie, sono stati esclusi profili di abnormità nella condotta del lavoratore che si era recato sulla copertura del capannone al fine di eseguire le specifiche lavorazioni che gli erano state assegnate in assenza di alcun presidio idoneo ad impedire cadute dall’alto).

Responsabilità amministrativa degli enti – D.lgs. n. 231/2001 – Lesioni personali aggravate – Violazione della disciplina antinfortunistica – Interesse dell’ente – Risparmio di spesa – Vantaggio – Aumento della produttività.

In tema di responsabilità amministrativa degli enti, derivante dal reato di lesioni personali aggravate dalla violazione della disciplina antinfortunistica, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, sussiste l’interesse dell’ente nel caso in cui l’omessa predisposizione dei sistemi di sicurezza determini un risparmio di spesa, mentre si configura il requisito del vantaggio qualora la mancata osservanza della normativa cautelare consenta un aumento della produttività. A tal proposito, non assume rilevanza il fatto che il risparmio di spesa, sicuramente giuridicamente apprezzabile, possa non essere stato ingente, atteso che la responsabilità dell’ente non può essere esclusa in considerazione dell’esiguità del vantaggio perseguito, in quanto anche la mancata adozione di cautele comportanti limitati risparmi di spesa può essere causa di lesioni personali gravi.

Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT

La rivista è aperta, in particolare, ad accademici, a studiosi ed esperti delle discipline giuridiche; la collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT è gratuita e volontaria. Può consistere nell'invio di testi e/o di documentazione giuridica (sentenze, ordinanze etc.). Gli scritti e quant'altro inviato, anche se non pubblicati, non verranno restituiti.

Le proposte di collaborazione, per l'espletamento della procedura di valutazione, possono essere sottoposte alla redazione di AD a questo indirizzo E-mail: **rivista @ ambientediritto.it**.

I riferimenti agli autori dei lavori pubblicati (articoli, commenti, interventi...) saranno citati all'interno del testo ed in una pagina appositamente creata. È inoltre possibile, previo accordo, creare e gestire nuove sezioni del Portale.

L'esubero di nuove informazioni continuamente prodotte ed acquisite determina un istintivo atteggiamento collettivo di difesa, come segnalano la frantumazione dei linguaggi scientifici in un gran numero di settori e sottosettori spesso scarsamente comunicanti e, nel più vasto riferimento sociale, una cultura sempre più frammentata in tanti interessi particolari e quasi mai tesa alla ricerca con prospettive globali.

La cultura fortemente frammentata e accelerata è sfociata sul piano intellettuale e su quello sociale nel senso dell'effimero, è diventata cultura dell'effimero e ha aumentato l'incapacità di creare sintesi come risposte ai problemi giuridici, sociali e del diritto. Occorre articolare collegamenti e interdipendenze capaci di mettere in relazione e valorizzare a pieno tutta la ricchezza, la fecondità e la capacità autoprogettuale di ogni singola disciplina e sottodisciplina. Occorre una ricerca interdisciplinare che sia ricerca di globalità come ricerca di relazione fra diversi frammenti e quindi come ricerca di orizzonti di significati.

Una comunicazione "certificata del diritto" è il tentativo complesso di localizzare nella storia l'istante dell'originalità primitiva, di indicare lo stadio larvale di ciò che verrà. Le nostre difficoltà, ovviamente, non alla sola effimera modernità sono imputabili: arduo è imparare a farsi esperti, a vivere.

AMBIENTEDIRITTO.it - EDITORE ©®

<https://www.ambientediritto.it/>

La Rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 - (Classe A) - Riviste Scientifiche Giuridiche. ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accreditamento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. www.ambientediritto.it. - Catalogo (CINECA) - Codice rivista: E197807 - (Codice DoGi:) 9080 - Archivio Collettivo Nazionale dei Periodici ((ACNP)) Codice rivista PT03461393 - Catalogo internazionale (ROAD), patrocinato dall'UNESCO.

